

法政大學講義録

| | |
|-----|---|
| 著者 | 富井 政章, 梅 謙次郎, 岡田 朝太郎, 志田 ?太郎, 矢部 廉, 田阪 友吉, 村上 隆吉, 岩田 一郎 |
| 出版者 | 法政大學 |
| 巻 | 2 |
| 号 | 2学年の1 |
| ページ | 1-89 |
| 発行年 | 1905-11-20 |
| URL | http://hdl.handle.net/10114/5746 |

三十九年度

明治三十九年
自第一号
至第十二号
外二册

册数十三册

義錄

第 貳 號

大學發行

(明治三十八年十一月二十日發行)

明治三十八年十一月二十日

第貳學年ノ一



0340

大學

三十九年度

法政大學講義錄

法政大學發行

第貳號

明治三十八年十一月二十日
法政大學
第一



0341

大學

三十九年度

法政大學講義錄

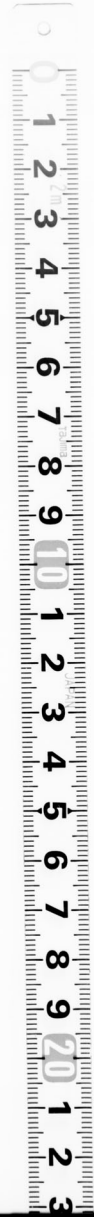
法政大學發行

第 貳 號

(明治三十八年十一月二十日發行)

明治三十八年十一月二十日

第貳學年ノ一



三十九年度第二號目次

| | | |
|-------|-----------|------------|
| 民法物權 | 自第七章(至八) | 法學博士 富井政章 |
| 民法債權編 | 第二章(至四) | 法學博士 梅謙次郎 |
| 刑法各論 | (至二四) | 法學博士 岡田朝太郎 |
| 商法總則 | (至一二) | 法學博士 志田鉀太郎 |
| 商法會社 | (至三三) | 法學士 矢部廉 |
| 商法商行爲 | 自第一章(至二四) | 法學士 田坂友吉 |
| 商法商行爲 | 第十章(至三一) | 法學士 村上隆吉 |
| 民事訴訟法 | 第二編(至三六) | 法學士 岩田一耶 |

雜錄 ○所感○大審院判例要旨

刑法各論

法學博士 岡田朝太郎講述

緒論

(一) 刑法各論トハ刑法中犯罪ノ特別成立要素ノ如何ト之ニ因テ成立シタル犯罪ニ科スヘキ刑罰ノ如何トヲ定メタル部分ヲ謂フ現行刑法ニ付テ云フトキハ其第二編第三編第四編ニ相當ス

刑法ノ總則ヲ述フルニ當リ犯罪論第一章第二節ニ於テ犯罪ノ要素ニハ普通ノ要素ト特別成立要素トノ二種アリテ其特別要素ハ普通要素ニ制限ヲ付シタルモノト全ク普通要素ノ外ニ存在スルモノトノ二種アルコトヲ述ヘタリ今試ニ其例ヲ擧ケテ之ヲ云ヘハ刑法第三六七條ニ水火震災其他ノ變ニ乘シテ竊盜ヲ犯シタルモノト云フ規定アリ此一個條ノ中ニテ何人カ斯ノ如キ犯罪ノ主體トナルコトヲ得ルカト云フコトハ特別ニ規定ナシ故ニ直チニ總則ノ人ニ關スル刑法ノ效力ノ理論ヲ適用スヘキナリ又犯罪ノ客體ニ付テハ前條即チ第三六六條ニ人ノ所有物ト云フ特別ノ規定アリ又行爲ニ付テハ同シク前條ニ竊取ト云フ規定アリ斯ノ如ク物體並ニ行爲ニ付キ人ノ所有物又ハ竊取ト云フカ如キ條件ア

刑法各論 緒論

090
1906
2-1-1

ルハ普通要素ニ制限ヲ付シタル特別規定ト云フコトヲ得ルナリ其他不法ノ行爲ナラサルヘカラス若クハ第三五六條、第三六七條ノ明文アリテ始メテ罪トナルト云フカ如キハ總テ普通要素ノ問題ナリ之ニ反シテ第三六七條ニハ水火震災其他ノ變ニ乗スルト云フ時機ニ付テノ特別規定アリ是レ即チ普通要素ニ見サル所ノモノナリ

要スルニ此等ノ特別成立要素ヲ規定シテ甲若クハ乙ト云フ定マリタル犯罪ノ成立ヲ明カニシ之ニ對スル處分ヲ特定シタルモノカ刑法中各論ト稱スヘキナリ

(二) 現行法ハ犯罪ノ種類ヲ三分シ其第二編ニ掲クルモノハ之ヲ公益ニ關スル重罪輕罪ト名ケ第三編ニ掲クルモノハ之ヲ身體財產ニ對スル重罪輕罪ト名ケ第四編ノ罪ヲ違警罪ト總稱セリ

犯罪ヲ公益ニ關スルモノト身體財產ニ對スルモノトニ區別スル標準ニ付テハ或ハ其害ノ直接ニ及フ所如何ニ在リト云ヒ或ハ其重ナル害ノ及フ所如何ニ在リト云フト雖モ寧ロ古ノ公罪私罪ノ區別以來沿革上ノ理由アルニ出テ理論上必要ナル分類ニアラサルヘキヲ信セントス

犯罪ヲ區別スル標準ニ付テノ説明

一 害ノ直接ニ及フ所ヲ以テ犯罪分類ノ標準ト爲スヘシト云フ論ノ趣旨ハ例ヘハ放火罪決水罪等ニ付テ見ルコトヲ得ヘシ此二種ノ犯罪ハ公共ノ安全ヲ害スルモノニシテ若シ財産上ノ害ト公共ニ及

ホス害トノ間ニ輕重ノ區別ヲ立テント欲セハ何レヲ重シトスルカ到底充分ナル斷定ヲ下スコトヲ得ス然レトモ直接ニ及ホス所ハ人ノ財產ニアルヲ以テ此等ハ財產ニ對スル罪ト云フ中ニ置クヘキモノナリト云フニアリ

二 重ナル害ノ及フ所ヲ以テ犯罪分類ノ標準ト爲スヘシト云フ論ノ趣旨ハ貨幣偽造罪ニヨリテ其一斑ヲ知ルコトヲ得ヘシ偽造貨幣ヲ行使スルニヨリテ直接ニ損害ヲ受クヘキモノハ財產ナリ乍併其損害ヨリモ偽造貨幣ノ流通スルト云フ事實ニ因リテ一國經濟上ノ信用ヲ害スルノ點カ覺カニ重シト云ハサルヘカラス故ニ此犯罪ノ如キハ財產ニ對スト云ハシヨリハ信用ヲ害スル犯罪ナリト云フヲ可ナルヘキナリ又他ノ犯罪ヲ分類スルニ當リテモ寧ロ害ノ重ナルモノヲ標準トセサルヘカラスト云フニアリ

以上二說ノ評論

以上述ヘタル二種ノ論ハ實際佛國法典ヲ編纂スルニ當リテ共ニ充分ニ之ヲ貫徹セシムルコトヲ得サリキ今一例ヲ舉クレハ内亂罪ノ如キハ若シ直接ニ及フ害ヲ標準トシテ分類スルトスレハ或ハ身體ニ對スル罪或ハ財產ニ對スル罪ノ何レニモ屬スト云フコトヲ得ヘシ又重ナル害ヲ標準トシテ分類スレハ放火其他ノ罪モ場合ニヨリテ差異ヲ生シ始メヨリ何レニ屬スト斷定スルコトヲ得ス要スルニ實際ニ適用シ得サル空論ト云フノ外ナシ

餘論

今日大多數ノ刑法典ニ於テ公益私益ニ對スル罪ト云フ分類ヲ存スルハ佛國刑法カ模範トナリタルモノナリ佛國刑法ハ種種ノ經歷ノ下ニ於テ羅馬ノ公罪私罪ノ區別ヨリ變化シ來リタルモノニシテ

一方ニ於テ歴史上ノ遺物ヲ存置シ一方ニ於テ純然タル理論的ノ分類ヲ試ミタルモノカ今日ニ遺リ何レモ其主義ヲ貫徹シ居ラサルナリ更ニ一步進ミテ適當ナル小分類ヲ爲スコトヲ得ルカ又分類シテ如何ナル利益アルカヲ熟考スルトキハ到底如斯分類ノ必要ヲ見出ス能ハス試ニ前例ノ放火、決水ノ犯罪ニ對シ財産ニ對スル罪ト云フ標題ヲ刪除スルモ放火ハ依然トシテ放火タリ決水モ亦決水ニ相違ナシ又處分ノ上ニ於テモ裁判ノ實際ニ於テモ何等ノ損失アルヲ見ス今日以後ノ法典ニハ此小分類ヲ提議スルモ差閤ナキナリ

重罪ト輕重トヲ第二編第三編ノ中ニ混出シタル理由ハ同種ノ罪ニシテ情重ケレハ重罪トナリ輕ケレハ輕罪トナルモノ極メテ多ク之ヲ離隔シテ規定セハ紛亂錯雜分類ヲ爲シタル目的ニ背クカ爲メナリ

例 例ハ刑法第三七〇條ニ持兇器竊盜罪ノ規定アリ其刑ハ輕懲役ニシテ即チ重罪ナリ而シテ他ノ竊盜ハ輕罪ナリ今若シ重罪ハ第三編ニ輕罪ハ第二編ニ規定シ置クトセハ盜罪ト云フ同種類ノ犯罪カ異ナリタル編内ニ規定セラルルニ至リ實際ニ幾分ノ不便アルヲ免レス故ニ現行法ハ犯罪ハ其種類ニヨリテ區別シ其輕重ニヨリテ區別セサル所以ナリ然レトモ此思想ヲ充分ニ貫徹セシムルニ於テハ現行法ノ違警罪ノ或モノ例ヘハ第四二五條第九號(人ヲ毆打シテ創傷ニ至ラサルモノ)及ヒ同條第一四號(違警罪ノ犯人ヲ曲庇スル爲メ偽證シタルモノ云云)ノ如キハ第三編毆打創傷罪ノ規定及ヒ第二編偽證罪ノ規定中ニ混出セシメテ差閤ナキナリ然ルニ現行法ハ特ニ違警罪ニ對シ第四編ト云フ獨立ノ一編ヲ與ヘタルハ刑法編纂ノ體裁ヲ失シタルモノト云ハサルヘカラス更ニ一步進ミ

テ重罪輕罪等ノ區別ヲ廢スルニ於テハ此種ノ問題ハ一切消滅スヘシ

(三) 講義ノ順序ハ法典ノ順序ニ倣フ但シ各論ノ説明ハ必ラスシモ其條項ヲ逐フコトナシ特ニ處分ノ問題ハ別段ノ論點ヲ含ムモノヲ除ク外ハ之ヲ省略ス

第一編 公益ニ關スル重罪輕罪

第一章 皇室ニ對スル罪(刑法一二六條—一二〇條)

一 被害者……(1)天皇トハ在位ノ皇帝(2)三后トハ皇后、皇太后、太皇太后、(3)皇太子トハ皇室典範第一條乃至第九條ノ區別ニ從ヒ皇位ヲ繼承シ給フ可キ最近順位ノ皇族ヲ奉稱ス儲嗣ト云フニ同シ

本文ニ掲クル所ハ被害者ノ第一類ナリ而シテ天皇ニ關シ在位ト云フ語ヲ附シタルハ他ナシ、皇室典範第一〇條ニヨレハ天皇崩御アラセラル場合ニアラサレハ皇位繼承ト云フコトナキヲ以テ該規定アル限ハ天皇ト云フトキハ必ス在位ノ天皇ノ外ナキヲ以テナリ刑法編纂ノ當時ニアリテハ恐ラクハ天皇以外ニ太上天皇ヲモ此法文中ニ包含セシムルノ意味ナリシナラント雖モ憲法竝ニ皇室典範ノ制定アリテ以後ハ其場合ナキニ至レルヲ以テナリ

皇太子ト云フ語ハ刑法ニ於テハ皇長子ノ意味ニアラスシテ皇位繼承ノ順位ニ在ル皇族ノ意ナリト信ス此解釋ニ誤ナクハ皇室典範ニ云フ皇孫カ時ニ刑法ノ皇太子タルコトアリ得ヘシ

皇陵トハ皇祖及ヒ歷代ノ天皇ノ御陵ヲ謂フ

皇祖ノ御陵トハ伊勢ノ大宮ヲ云フ特ニ此コトヲ附加ヘテ説明スル所以ハ元來大宮ハ祖廟ノ一種ニシテ日本ノ傳說竝ニ吾人ノ信仰ヨリ云ヘハ之ヲ以テ皇室ノ祖先トシテ尊敬シツツアルナリ此點ニ於テ天皇ノ御陵ト少シモ輕重ノ差異ナキカ故ニ刑法ヲ活用スルニ當リテハ宜敷法文中ニ包含スト解釋スルヲ可トス

歷代ノ天皇ノ外ニ三后皇太子ノ御墳墓ヲ同シク皇陵ト解スヘキヤハ問題ナリ單ニ文字上ノ解釋トシテモ曾テ御位ニ即カセラレタル所謂歷代ノ天皇ノ御墳墓ノミヲ云フト解スルヲ正當トス又刑法運用ノ實際上ヨリ云ヒテ廣ク皇族ノ御墳墓ヲ包含スルモノト解スルトキハ適當ナル制限ヲ付スルノ途ナキナリ而シテ現今ニテハ皇族ト稱スヘキ明文アレハ相當ノ制限ヲ付スルコトヲ得ト雖モ古ノ制度ニハ之ヲ適用スヘキ途ナク結局御歷代ノ天皇ノ御陵ノミト解釋スルノ外ナキナリ

刑法第百十八條及ヒ第百十九條ノ皇族ハ皇室典範第三十條ニ定メラルル所ヨリ三后竝ニ皇太子ヲ除キ其他ヲ云フ

刑法ノ所謂皇族トハ皇太子妃、皇太孫、皇太孫妃、親王、親王妃、內親王、王及ヒ女王ヲ云フナリ

二 所爲……本章ノ罪ハ所爲ノ方面ヨリ危害罪ト不敬罪トノ二ニ區別セラル
危害ヲ加フトハ(1)生命又ハ身體(廣義)ニ對シ物質的ノ侵犯ヲ爲スヲ云フ(2)侵犯ニハ實害ヲ加フルト實害ヲ生スヘキ虞(危險)ヲ惹起ストノ二様アリ共ニ本

章ノ危害罪ノ中ニ含マル(3)法文ニ危害ヲ加ヘントシタルモノト云ヘルハ實行ノ著手ハ勿論其豫備竝ニ陰謀モ亦之ヲ含ムモノトス(4)何レモ故意ニ出ツルコトヲ要ス

危害ト云フ文字ノミヲ見レハ身體生命ニ對スル害ト云フ制限的ノ解釋ヲ爲スコトヲ得然レトモ如斯解釋セサルヘカラサルニハ二個ノ理由アリ一ハ他ノ法文トノ比較ヨリ來ル所ニシテ即チ物ニ對スル加害行為ナレハ通常損壞、毀壞、破毀等ノ語ヲ用ヒ偶々危害ノ文字アレトモ(例ヘハ刑法第三一六條ノ如キ)主トシテ身體生命ヲ害スル所爲ニ使用セラレ居レリ而シテ他ノ一ハ現行法案第三三一條ニシテ明カニ身體ニ對スル犯罪ト明言シ而モ該草案力確定法文トナルニ際シ此趣旨ヲ改メタルノ事實アルヲ認メス是レ其理由ト爲ス所以ナリ

危險 日本ノ法文其他ニ於テ動モスレハ危險ヲ生スル虞ト云フ語句存在ス此言葉ハ法律ニ所謂危險ト云フ意味ヲ明ニセサルヨリ起レリ而シテ實際損害ノ生スルト云フ狀況ヲ指シテ危險トモ云ヒ又虞トモ云フナリ即チ危險ト虞トハ結局同一狀況ヲ指スナリ皇室ニ對スル犯罪中殊ニ第二一六條ノ如キハ實害ヲ加ヘントシタル場合マテ同一處分ト爲シ居レリ故ニ其言葉ノ中ニハ害ヲ生スヘキ狀況ノミヲ惹起シタル場合ヲモ包含スヘキ順序ナリト云ハサルヘカラス
危害ヲ加ヘントシタルモノ云云 法文ノ「加ヘントシタル」ト云フ文章ハ極メテ曖昧ナル文字ニシテ充分ニ法律ノ精神ヲ言現ハスニ足ラス然レトモ此言葉ハ佛文章案ノ第一三一一條第一號乃至第九號ニ至ル著手行為、豫備行為及ヒ陰謀ヲ一括シタル文字ニシテ其等ハ皆危害ヲ加ヘ終リタル場合即チ既

違罪ト同一處分ヲ受クト解スヘキナリ

實行ノ著手又ハ豫備陰謀云云 危害ヲ加フルニ著手シタル場合ヲ想像スルトキハ實行ニ密接シタルヲ以テ實害ヲ生スヘキ狀況即チ危險アリト云ハサルヘカラス然レトモ陰謀ノ如キ若クハ豫備ノ如キハ尙ホ實害ト云フ上ニハ違キ關係ヲ有シ切迫シタル時期ニ於テ實害ヲ生スヘキ狀況ニアリト云フコトヲ得ス故ニ危害ヲ加ヘントシタルト云フ言葉ハ單ニ危害ヲ生スヘキ虞ヲ生シタリト解スルハ適當ト云フコトヲ得ス

不敬ノ所爲トハ常人ニ對シテモ罪ト爲ルコトヲ得ヘキ罵詈訾笑(刑四二六、一二)誹毀(刑三五八、三五九)侮辱(刑一四一)ハ勿論其他皇室ノ尊榮ヲ傷クヘキ言語、文書、舉動一切ノ總稱ナリ法文ノ意斯ノ如ク汎博ナリト雖モ別段ノ規定ナキ力故ニ故意ニ出テサルモノハ之ヲ如何トモスル克ハス

如何ナル言語文書舉動カ皇室ノ尊榮ヲ傷クヘキカハ其國其時代ノ狀況ニ鑑ミ道理アル認定ニ因テ之ヲ決定スルノ外ナシ昔時ハ通御ノ際路傍ニ起立シ又ハ乘輿ヲ直視スルハ大不敬ナリシナルヘキモ今日ハ然ラス日本ニ於テ二階ヨリ通御ヲ拜觀スルハ不敬ナルヘキモ歐洲ニテハ然ラス宜シク場所ト時トニ訴ヘ有理ナル認定ヲ下スヘキナリ

不敬罪ノ如キハ固ヨリ非常ノ大罪ニシテ其ノ成立不成立ハ慎重ノ態度ヲ以テ之ヲ決セサル可カラス然ルニ從來實際ノ狀況ヲ觀ルニ其ノ非常ノ大罪タルノ故ヲ以テ動モスレハ輒チ法理ヲ枉ケテ有罪ヲ主張セムトスル傾嚮アリ例ヘハ全ク故意ヲ以テセサル不敬ノ言語舉動ヲモ尙ホ且直一二七條、

第一一九條ヲ以テ處分セントスルカ如キ意見ヲ聞クコト無シトセス然リト雖モ如何ニ重大ナル犯罪ヲ以テスルモ明確ナル法文ヲ枉クルコトハ決シテ許ス可カラス即チ總則第七七條第一項ニ對シテ苟モ例外ノ規定ナキ以上ハ縱令不敬罪ト雖モ過失又ハ無意ニシテ成立スト云フハ許容ス可カラサル解釋ナリトス

第二章 國事ニ關スル罪

沿革……羅馬ノ古ニ於テハ犯罪ヲ大別シテ「ベルドエリオ」「バリシヤオム」ノ二種ト爲シ羅馬人及ヒ羅馬國ニ對スル犯罪ヲ總稱シテ「ベルドエリオ」ト曰ヒ其他一切ノ犯罪ヲ總稱シテ「バリシヤオム」ト曰ヘリ此觀念ハ羅馬ノ初世ヨリ共和朝ノ中葉マテ存續シ共和朝ノ末季ニ内亂續起スルニ迫ヒ茲ニ「クリメン、インミニユテ、マジエスタチス」即チ羅馬人ノ品位ヲ害スル罪ト云ヘル一罪ヲ認メ更ニ進ミテ帝國ト爲ルヤ「インミニユテ」ノ一語ヲ削リタル「クリメン、マジエスタチス」ノ名ノミ存シテ其意義ハ一變シ羅馬皇帝ノ尊嚴ヲ冒瀆スル罪ノ義ト爲レリ之ヲ要スルニ羅馬ハ其國體カ王國ヨリ一變シテ共和國ト爲リ再變シテ帝國ト爲リシト共ニ國事犯罪ノ内容モ亦之ニ伴フテ一再ノ變遷ヲ經タリシナリ

北方ナル「ゲルマン」人種ノ古代ノ法制ニ於テハ近世ノ内亂罪ニ比スヘキ法規ハ比較的僅少ニシテ近世ノ外患罪ニ比スヘキ法規却チ多數ヲ占メタリキ而シテ「ゲルマン」人種ノ内亂、外患罪ニ於ケル根本ノ思想ハ君主ニ對スル不忠權行為(イン、フヒデリス)ト云ヘル觀念ニ在リテ此ヲ以テ終始一貫シタリシナリ

此ノ如ク南方ナル羅馬帝國ニ於テハ皇帝ノ尊嚴ヲ冒瀆スルコトヲ以テ國事犯ノ觀念ト爲シ北方ナル「ゲルマン」人種ノ諸國ニ於テハ本人ノ忠誠ノ義務ニ背クコトヲ以テ國事犯ノ觀念ト爲シ二者兩兩相對峙シ來リ十二世紀乃至十四世紀ノ交ニ及ヒテ二者漸次ニ相接近シ十五、六世紀ニ及ヒテハ二者相混同シテ竝ヒ行ハレ爾來羅馬思想ハ漸次ニ「ゲルマン」思想ヲ壓倒シ現今ニ至リテハ遂ニ全ク羅馬思想ヲ以テ支配サルルコトト爲レリ

國事犯ハ如上ノ沿革ヲ有ス故ニ獨逸現行刑法ノ如キハ憲法、國土ヲ變更シ又ハ君主ノ一身ヲ侵犯スル罪ヲ總稱シテ國事犯殊ニ内亂罪ト爲セリ但是レ唯該法ニ於テ這般ノ明文アリト云フニ止マリ此ヲ以テ直チニ日本現行刑法ノ解釋ニ當テントスルノ不可ナルハ言ヲ俟タス

日本現行刑法ハ其ノ第二編第二章ニ於テ内亂外患ノ二罪ニ對シテ「國事ニ關スル罪」ノ名稱ヲ下シ天皇ノ一身ニ對スル犯罪ハ其ノ第一章ニ別ニ其ノ規定ヲ設ケタリ故ニ現行刑法ニ謂フ所ノ國事犯罪ニハ天皇ノ一身ニ對スル犯罪ヲ包含セスト謂ハサルヘカラス更ニ一步ヲ進メテ犯罪人ノ引渡其他ノ關係ニ所謂政事犯罪ハ亦刑法所謂國事犯ト其ノ範域ヲ異ニス況ク政事犯罪ト云ヘハ内亂、外患罪ハ論ナク天皇ニ對スル罪及ヒ集會、結社法、出版法其他ノ政事上ノ犯罪一切ヲ包含スルナリ即チ外國ノ成文法ヲ基礎トシタル國事犯ノ觀念ト日本刑法ノ解釋論トヲ區別セサル可カラサルト同時ニ解釋論トシテモ國事犯ト政事犯トハ又其ノ範域ヲ異ニスルコトヲ注意セサルヘカラス

國事ニ關スル犯罪ノ本質ハ如何此問題モ亦解釋論トシテハ一國ノ成文法ヲ基礎トシテ立論スルノ外アラス殊ニ獨逸ノ成文法ニ據リテ獨逸一二學者ノ主張スル所ノ國家自斷ノ權力ヲ侵害スルコトヲ以テ國事犯ナリト云フカ如キハ實際ノ適用上復解クヘカサルノ困難ヲ生スヘシ一國ノ組織ヲ規定ス

ルコトハ固ヨリ國家自斷ノ權力ニ外ナラスト雖モ各種ノ法律ヲ制定スルコトモ亦國家自斷ノ權力ニ外ナラス故ニ總テノ法律ノ侵犯ハ皆國家自斷權ノ侵犯即チ國事犯ナリト謂ハサルヲ得サルニ至ル也豈此ノ如キ廣汎ナル國事犯アラムヤ

國家ノ存在ニハ内部自身ニ對スルト外部列國ニ對スルトノ二方面アリ之カ條件ハ不羈最高ノ權力ニ據リ國家自ラ之ヲ畫策ス國事犯ハ畢竟國家ノ内外存在ニ付キ其畫策シタル條件ヲ侵犯スル罪ナルカ故ニ分レテ内亂ニ關スル罪、外患ニ關スル罪、國交ニ關スル罪ノ三ノ體様ヲ生ス但現行法ノ定ムル所ハ理論上ノ要求ニ對シ或ハ過キタル規定アリ或ハ足ラサル規定アリ

一國ノ憲法ヲ制定スルハ固ヨリ其國ノ權力ノ範圍ニ屬シテ他ノ制限ヲ受クルコト無キモノナルヲ以テ隨意ニ自ラ之ヲ定ムルコトヲ得而シテ内亂罪、外患罪ハ國家ノ存在ニ付テ國家ノ定メタル條件ヲ侵害スルモノ即チ國家ノ存在其レ自體ヲ侵害スルニ非スシテ其存在ノ方法ヲ侵害スルモノナリ故ニ法律以外ノ用語ニ於テ例ヘハ賊軍カ國家ヲ亡スト云ヒ國家ノ存在ヲ斷ツト云フハ國家法學ノ上ヨリ觀テ許ス可カラサルノ語タリ是ヲ以テ例ヘハ佛國ニ於テ共和國ヲ變シテ王國ト爲シ王國ヲ變シテ共和國ト爲スモ佛國ト云ヘハ國家ノ存在ハ秋毫モ斷絶セルコト無ク單ニ君主政體ト云ヒ共和政體ト云フ國家ノ存在條件ヲ變更セルニ過キス又款ヲ外國ニ通シテ本國ノ獨立ヲ失ハシムルト假定スルモ是レ亦外患罪カ直チニ國家ノ存在ヲ消滅シタリト連テスルコトヲ得サルナリ

第一節 内亂ニ關スル罪 刑一二一條—一二八條

一 狹義ノ内亂罪、刑一二一條…………狹義ノ内亂罪ハ國土ノ横領又ハ憲法ノ變更ヲ目的トスル暴動ナリ

現行刑法ハ第一二一條以下第一二八條ニ至ルマテヲ總稱シテ内亂ニ關スル罪ト名ク中第一二二條、第二三條ハ其性質内亂ノ豫備ナルニ拘ハラス處分ノ關係ヨリシテ之ヲ内亂ノ既遂犯罪ニ準セラレタルモノナリ隨テ眞ニ内亂ノ罪ト云フヘキモノハ第一二一條即チ狹義ノ場合ノミニ限ル

第一二一條第一項ニハ二箇ノ場合ヲ例示シ朝憲ノ紊亂ト云フ一語ヲ以テ之ヲ一括セリ他語ヲ以テ之ヲ言ヘハ狹義ノ内亂罪トハ國土ノ横領又ハ憲法ノ變更ニ外ナラス

(一) 暴動トハ多衆共同シタル不法ノ腕力又ハ脅迫ヲ謂フ(1)多數ノ人員共同シテ腕力ヲ用非又ハ脅迫ヲ加フル其例極メテ多シト雖モ之ヲ稱シテ暴動ト云ハシニハ不法ノモノタルヲ缺ク可カラサル條件トス(2)共同不法ノ腕力又ハ脅迫亦極メテ多シ其内亂ト成リ成ラサルハ一ニ暴動者ノ目的如何ニ存ス國土ヲ横領シ又ハ憲法ヲ變更スル目的ニ出テタルハ即チ内亂ナリ(3)共同シタル人員ハ別ニ明文ナシト雖モ事情ニ照シ内亂ト云フニ相當シタル數ニ達セサル可カラス(4)抗敵ノ狀態國際慣例ニ所謂内國戰爭ノ程度ニ達シタルト否トハ刑法ノ間

フ所ニ非サルナリ

(2) 第一二一條ニ朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的ト爲シテ明記セルハ暴動ヲ起シタル遠因即チ犯意ノ理由如何ニ因リテ或ハ内亂罪ト爲リ或ハ内亂罪ト爲ラサルコトヲ明示シタルナリ一派ノ反對論者ハ遠因即チ目的ハ犯罪ノ成立要素ニ非ス隨テ此場合ニ於ケル「目的」ヲ語ハ他ノ意義ニ解釋セサルヘカラスト主張セリ然レトモ此論ハ刑法殊ニ第七七條第一項ヲ解釋スルニ方リ犯意ノ理由即チ遠因ハ犯罪一般ノ成立要素ニ非スト云ハサル可カラサル原則ヲ誤リ如何ナル場合ニモ成立要素ト爲スコトヲ得スト信シタルニ基ク謬見ナリト云ハサルヲ得ス法文ノ特ニ之ヲ明言スルコト例ヘハ此第一二一條ノ如ク若クハ第三二一條ノ如クナル以上ハ其犯罪ニ特別ナル要素トシテ之ヲ認メサル可カラス更ニ進シテ之ヲ論セハ内亂罪ト雖モ事實ノ形跡ノミヲ觀察スレハ多數ノ人員共同シテ不法ノ腕力又ハ脅迫ヲ加フルモノニ過キス而シテ多數共同ノ暴動ナルモノハ獨リ内亂罪ノミニ限ル性質ノモノニ非ス兇徒囂集ノ如キ若クハ羣ヲ成シタル強盜ノ如キ皆此事實アルヲ見ルヘシ故ニ其ノ如何ナルモノカ内亂罪ト爲リ如何ナルモノカ内亂罪ト爲ラサルカハ一ニ暴動者ノ目的如何ニ在リ其ノ目的ニシテ憲法國土ノ變更ニ在レハ茲ニ始メテ内亂罪ノ名ヲ下スコトヲ得ヘシ是レ目的カ内亂罪ニ於ケル特別ノ要素タリト云フ所以ナリ

(二) 暴動ヲ起ス目的國土ヲ横領シ又ハ憲法ヲ變更スルニ存スルトキハ即チ内亂ト爲ルヘク(1)國土ノ横領ハ法文ノ所謂邦土ノ僭竊ニ相當シ法文ノ政府顛覆ト云ヘルハ政體ノ變更又ハ皇統ノ廢換ニ相當ス一ノ憲法變更ナリ(2)朝憲ヲ紊

亂スルトハ不法ニ憲法ヲ變更スルヲ謂フニ外ナラスト雖モ其暴動ヲ手段ト爲
スニ非サルヨリハ内亂ノ罪ト爲ルコト無シ

(1) 單ニ憲法ト云ヘハ成文憲法ノミヲ指スヲ穩當トス隨テ憲法ノ變更ト云フハ憲法ノ成文ノ變更ト
看做スヲ穩當トス然レトモ茲ニ所謂憲法ノ變更トハ汎ク憲法ノ内容ヲ變更スルコトヲ意味シ政治ノ
大綱ニ變更ヲ生セシメントスルコト即チ内亂ナリ假令憲法ノ成文ニ變更ヲ加ヘサルモ苟モ其事實ヲ
此ノ如ク變更セントスル企畫アレハ即チ内亂ナリト云ハサルヲ得ス

(2) 憲法又ハ國土ノ變更ヲ實行スルニ付テモ手段ハ必スシモ有形タルヲ要セス大臣其他ノ官吏力職
權ヲ濫用シ不法ノ命令ヲ發シテ違憲ノ行爲ヲ爲スカ如キモ之ヲ朝憲紊亂ト云ハサルヲ得然レトモ
現行刑法ノ内亂ヲ起シタル者ト云ヘルハ多數人員ノ共同ニ成レル暴行脅迫即チ有形ノ暴動ヲ指スモ
ノト解釋セサルヘカラス即チ獨逸一二學者ノ所謂無形ノ暴行ニ依ル内亂罪ナルモノハ我現行刑法上
之ヲ認ムルコトヲ得ス

憲法國土ヲ變更スルノ目的ヲ有シタル團體官ノ兵力ニ抗敵シタルコトヲ以テ本罪ノ既遂條件ト爲
スヘキヤ否ヤハ明文ナキヲ以テ多少ノ問題ト爲ルヘシ然レトモ予輩ノ信スル所ヲ以テスレハ其明文ナ
キニ於テハ之ヲ必要條件ニ非スト解釋セサルヘカラス

處分ノ問題……第一二一條第一號ニ「教唆者」ト云ヘルハ廣ク内亂ノ教唆者ヲ云フモノト信ス或學者
ハ首魁ノ教唆者ノミヲ指スト論スト雖モ若シ果シテ此ノ如キ精神ナリトセハ第一「文法上」首魁及ヒ
其教唆者ト書シ「其」ノ一字ヲ挿マサル可カラス然ルニ法文之ヲ存セス第二「事ヲ指定シタル」教唆

者ナリセハ總則第一〇五條アレハ足リ特別ノ規定ヲ俟タスシテ之ヲ處分シ得ヘシ然ルニ本條特ニ之
ヲ記スルハ其然ラサルヲ見ルヘシ蓋シ廣ク兵ヲ舉ケ國土憲法ノ變更ヲ企ツルコトヲ教唆スル者ハ事
實内亂ノ首魁ト云ハサルヲ得サルモノニシテ之ニ死刑ヲ科スルコト亦至當ナリト謂フ可シ第二號以
下ハ程度ノ問題ニシテ其ノ甲號タリ乙號タルハ一ニ事實ノ認定ニ依ル但其認定ハ各號所掲ノ例示ヲ
以テ標準ト爲サルヘカラス

二 内亂ノ目的ニ出ツル軍備品劫掠罪、刑一二三條……(1) 軍備ノ物品トハ陸
軍又ハ海軍ノ用ニ供セントシテ政府ノ所有又ハ占有スル物件ヲ謂フ(2) 劫掠ト
ハ強取ト云フニ同シク暴行又ハ脅迫ヲ手段トシタル奪取ナリ(3) 少クモ内亂ノ
陰謀ヲ爲シタル者内亂ヲ起ス目的ヲ以テ起シタルニ非サレハ刑一二三條ノ適
用ナカルヘシ

(1) 刑第一二二條ヲ見ルニ廣ク「内亂ヲ起ス」ノ目的ヲ以テ兵器彈藥船舶金穀其他軍備ノ物品ヲ劫掠
シタル者」ト規定セルカ故ニ其物品ノ政府ニ屬スルト私人ニ屬スルトヲ區別セサルモノト謂フヘシ
然ルニ之ヲ政府ノ所有又ハ占有スル物件ト限リテ解釋シタル所以ノ第一ハ編纂ノ沿革ニ在リ本法案
案ノ規定ヲ見ルニ軍備品ハ政府ニ非サレハ之ヲ所持シ得サル精神ニシテ現ニ其趣旨ヨリ出テ法律
文アリ而シテ本法確定ノ際之ヲ變更シタルコト無シ第二ハ其物品ニシテ政府ニ何等ノ關係ナクハ
之ヲ内亂既遂罪ニ準スル程ノ重大ナルモノトスルノ理ナシ之ニ反シテ其物品カ政府ノ所持ニ係ルト
キハ之ヲ劫掠スルハ則チ政府ニ抗敵スル所以ナルヲ以テ始メテ之ヲ既遂罪ニ準スルノ理由ヲ解シ得

ヘキナリ

(3) 劫掠ト云ヘル所爲ノ性質ハ強盜罪ノ場合ニ所謂強取ト毫モ異ナル所ナシ然レトモ劫掠ノ文字自身ヨリ見ルモ又之ヲ内亂既遂罪ニ準スル點ヨリ見ルモ必ス多數人ノ共同シタル行爲ヲ豫想シタルモノト解スヘク而シテ既ニ多數人ノ共同ヲ必要トスル以上ハ其事カ内亂ノ陰謀以上ノ程度タルヤ亦言ヲ俟タサルヘシ

三 政府變亂ノ目的ニ出ツル謀殺罪、刑一二三條……被害者ハ事情ニ照シ政府ノ變亂ヲ生スヘキ人物タラサルヘカラス

刑法第一二三條ニ依レハ廣ク人ヲ謀殺シタル者ハ云云ト規定シ其如何ナル人物タルカハ之ヲ明示セズ故ニ在官者タルト在野ノ士タルトヲ問ハス又在官者ト雖モ要路ノ顯官ニ在ル者ト否トヲ問ハサルカ如シ然レトモ法文ノ精神ヨリ論スルモ行爲ニ關スル總論ノ理論ヨリ推究スルモ其人物ハ政府ニ一ノ混雜ヲ惹起スニ足ルヘキ者タラサルヲ得スト信ス
法文ニ謀殺ト明言シタルヲ以テ刑法第二九三條ノ解釋上單純ナル謀殺トヲ包含スヘシ而シテ故殺ハ固ヨリ之ヲ包含セス又法文ニ所謂兵ヲ舉クルニ至ラス云云ノ文字ノ解釋ニ關シテハ二個ノ學說アリ一ハ該文字ハ内亂ノ豫備ハ勿論陰謀ヲモ爲シタルコトナキ場合ト雖モ單ニ謀殺シタルノ一準備アリタル場合ニ準スルノ意ヲ示シタルモノナリト曰ヒ他ノ一ハ内亂ノ陰謀ハ勿論兵ヲ舉クルノ準備アリタル場合ニ準サレハ人ヲ謀殺スルノ本條ヲ以テ論スル能ハサル精神ナリト曰ヘリ而シテ第一說ノ如ク解釋スレハ此文字ハ全ク無用ニ歸スルヲ以テ解釋法ニ違ヒタルモノト云ハサルヘカラス第

二說ノ如ク内亂ノ陰謀又ハ豫備アル場合ノミヲ想像セシモノトスレハ始メテ之ヲ内亂既遂ニ準シタル權衡ヲ保持スルコトヲ得ルモノニシテ余ハ第二說ヲ以テ正當ト信ス

四 處分……以上三種ノ犯罪ノ處分ニ付キ第一二四條ニ一ノ通則アリ曰ク前三條ノ罪ハ未遂犯ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科スト之ヲ解シテ(1)以上三ノ場合ハ何レモ犯人未タ其目的ヲ達セサル未遂ノ狀態ニ在リト雖モ法律ハ之ヲ既遂犯ト看做シ本刑ヲ科スト謂フニ在リト爲スモノ尠カラス然レトモ(2)既遂未遂ノ區別ハ法文ノ所爲ニ關スル規定如何ニ依リテ決スヘク犯人ノ目的ヲ達シタルト否トニ論ナシ爰ヲ以テ余ハ刑一二四條ハ以上三罪共未遂ノ場合ニ刑ヲ減セストノ意ニ解釋セサルヲ得スト確信ス斯ノ如ク解シテ初メテ豫備又ハ陰謀ニ對スル減刑ノ規定ト權衡ヲ保ツヘシ

犯罪ノ既遂未遂ヲ區別スル標準ニ付キ古ノ學者ノ間ニハ犯人カ其目的ヲ達スルト否トヲ以テ此カ標準ト爲ストノ說ヲ採ルモノ多シ然レトモ現今大多數ノ國ノ刑法ノ解釋トシテ犯人ノ目的ノ既遂未遂ヲ以テ標準トスルハ許スヘカラス宜シク法文カ或一定ノ罪ニ關シテ定タタル行爲ノ著手ノ狀態ニ達シタル行爲及ヒ他ノ條件ノ總テヲ充實シタルト否トニ因リテ既遂未遂ノ區別ヲ爲ササルヘカラス例ヘハ強盜竊盜ノ大多數ハ其贓物ヲ處分スルヲ以テ目的トスルモ其目的ヲ達シタル時期ヲ以テ既遂タルニ非シテ行爲ノ終結シタル時期即チ奪取ナル所爲ヲ遂ケタル時期ヲ以テ既遂タルコトハ毫モ疑

ヲ容ルルノ餘地ナシ而シテ偶々法律カ犯人其目的ヲ達シタル時期ヲ以テ既遂ト爲ス場合アリトスルモ此場合ハ目的ヲ達シタルカ爲メ既遂タルニ非ズシテ法律カ此點ヲ以テ既遂ノ條件ト爲シタルカ故ノミ今内亂罪ニ付キテ之ヲ論スルニ刑法第一二一條第一二二條第一二三條ノ何レヲ見ルモ犯人カ其目的ヲ達シタル時期ヲ以テ既遂ト爲スト云フカ如キ明文アルコト無シ故ニ此ノ如キ目的ヲ以テ暴動(一二一條)若クハ劫掠(一二二條)又ハ謀殺(一二三條)ト云フ行爲ヲ終レハ犯人其目的ヲ達シタルト否トニ關セス既遂タルナリ是ニ依リテ之ヲ見ルモ前述第一說ノ誤ナルコト益々明瞭ナリ

刑法第一二一條乃至第一二三條カ未遂ノ規定ニ非ズシテ既遂ノ規定タルコトハ前述ノ如シ而シテ此三條ノ行爲ニ對シ第一二四條ニ云フカ如キ未遂ノ場合アリ得ルヤト云ヘハ謀殺ニ著手シテ意外ノ障礙ニ妨ケラルル場合及ヒ劫掠ニ著手シテ障礙ニ遇フ場合ヲ想像スルニ難カラサルハ言ヲ俟タス暴動ト雖モ今ヤ將ニ暴動ヲ起サントスルニ當リ意外ノ障礙ノ爲メ妨ケラルルト云フ事實ハ確カニ有リ得ヘキコトタリ

此ノ如ク前三條ハ既遂ノ規定ニシテ又之ニ對シテ各未遂ノ場合アリ得ヘシトセハ刑法第一二四條ハ其所謂未遂ノ場合ニ於テ尙ホ既遂ノ本刑ヲ科スルナリ換言スレハ未遂タルヲ理由トシテ總則第一一二條ニ謂フ如キ減刑ヲ與ヘサルモノト稱スルノ外ナシ又此解釋ニ從ヘハ刑法第一二五條ニ於テ内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ニハ僅ニ一等ノ減刑ヲ與ヘ陰謀ヲ爲シタル者ニハ二等ノ減刑ヲ與フト云ヘルト其權衡ヲ保ツコトヲ得ルナリ

刑法第一二五條ハ内亂ノ豫備及ヒ陰謀ハ豫備トシ又ハ陰謀トシテ處罰シ獨立ノ一罪トシテ處罰スルニ非ズ即チ總則第一一二條末段ノ適用タルナリ換言スレハ刑法各本條ニ別ニ刑名ヲ記載シ豫備トシ

テ處罰スル例陰謀トシテ處罰スル例タルナリ而シテ此論ノ岐ルル所ハ左ノ如キ實益アリ若シ第一二五條カ一個獨立ノ犯罪ヲ規定シタルモノトスレハ内亂豫備罪又ハ内亂陰謀罪ニ更ニ其未遂犯ヲ認メサルヘカラサルノミナラス陰謀ノ陰謀又ハ豫備ノ豫備モ亦之ヲ認メサルヲ得サルノ順序ト爲ルヘシ然レトモ此ノ如キ事實ハ之ヲ想像シ得サルノミナラス明ニ總則第一一二條末段ノ適用ナル以上ハ此カ未遂ノ場合ヲ認ムルコトヲ得サルナリ

刑法第一二六條ノ自首全免ノ解釋ニ付キ總則第八八條ヲ引用シテ内亂ノ陰謀又ハ豫備ヲ發覺シタル後ト雖モ自首全免ノ適用アリト論スル者アリ此論ハ發覺後ノ自首ト云フ語句夫自身既ニ矛盾スルモノト云ハサルヘカラス凡ソ自首トハ犯人自ラ卒先シテ未發覺ナル自己ノ犯罪ヲ一定ノ官署ニ告グルノ意味ナリ故ニ既ニ發覺シタル後ノ自首ト云フハ語ヲ成サス尙ホ進ンテ論スルトキハ總則ノ自首減輕ノ規定以外ノ特別ナル點ノミカ各本條ノ適用ヲ受クルモノニシテ本條(一二六條)ニ付キテ之ヲ云ヘハ事ヲ行ハサル前即チ(一)著手前ナルコト(二)本刑ヲ全免スルコトノ二點ノミカ特別ナルモノニシテ其他ハ悉皆總則ノ適用ヲ受クヘキモノナリ

五 内亂ニ乘シタル非内亂罪刑一二八條……………内亂ヲ起ス前又ハ既ニ内亂ヲ起シタル後人ヲ殺シ人ヲ傷ケ家ヲ燒キ財ヲ掠ムル等凡テ之ニ牽連シタル犯罪ハ盡ク之ヲ包括シ内亂罪トシテ處分スヘキカ(1)其内亂ニ著手スル前ニ在リテハ反對ノ規定アル刑一二二及ヒ一二三ヲ除ク外ハ目的ヲ以テ罪種ヲ變スルコト無キ原則ヲ適用シ之ヲ非内亂ノ罪ト爲スヘク(2)既ニ内亂ニ著手シタル後ハ

國際慣例上戰鬪行為ト目スヘキモノニ限リ内亂罪ノ内ニ吸收ス

(1) 茲ニ甲乙兩人相謀リテ内亂ヲ起スノ陰謀ヲ爲シ之カ準備トシテ一私人ノ家ニ亂入シ金錢其他ノ物品ヲ奪取シタリト假定セシム此犯人ノ目的ヨリ云ヘハ贓物タル金錢其他ノ物品ヲ軍用ト爲スノ意思ニシテ刑法第一二八條ノ目テ文字ヲ故意ノ理由ト云フ意味ニ解釋スレハ恰モ此犯人ハ内亂犯人タルカ如ク見ユヘシ然レトモ或一定ノ罪ハ反對ノ規定ナキ限りハ目的ノ如何ニ因リテ其罪質ヲ變セサルヲ以テ原則ト爲ス例ヘハ財物ヲ竊取強取スル理由カ他人ニ惠與スルニ在ルモ自己ノ爲メ消費スルニ在ルモ其目的ノ如何ハ常ニ強竊盜タル性質ヲ動カサス故ニ先ニ述フル所モ同一ノ理論ニ基キ一私人ノ金錢物品ヲ劫取スル場合ニ付テハ特別ノ明文ナキヲ以テ普通ノ強盜ナリト斷定セサルヘカラス若シ該物品カ政府所屬ノ軍備品ナレハ爰ニ始メテ刑法第一二二條ノ適用ト爲リ内亂罪ヲ以テ論スヘキモノナリ

(2) 元來内亂罪ノ暴動ハ結局之ヲ廣義ニ於ケル戰爭テフコトニ歸著スヘシ故ニ家ヲ燒キ人ヲ殺スカ如キ所爲ハ行爲其者ノ外形ヨリ云ヘハ普通戰爭ト稱スル概括的ノ行爲ノ内ニ包含スト雖モ凡テノ放火凡テノ殺人マテ包含スト云フコトヲ得ス全ク戰爭ニ關セサル寺院學校等ヲ燒燬シ婦女少年ヲ殺傷スルノ類ハ國際慣例ニ於テ戰爭行爲ト看做サス而シテ此ノ如キ標準ニ基キ内亂ノ中ニ吸收サレ得ヘキ行爲ト然ラサルモノトヲ區別スルヲ以テ本條ノ精神ナリト思考ス故ニ法文ニ内亂ノ目的トアルハ故意ノ理由ト云ヘル意義ニ非シシテ性質ヲ言ヒ表ハシタルモノト解スルノ外ナシ

第二節 外患ニ關スル罪(刑法二二九條—二三五條)

本罪ハ帝國ノ外部列國ニ對スル存在ヲ害シ又ハ不安ナラシムルモノニシテ三種ニ細別サル

一 通則……本節ノ中ニ(1)本國ニ抗敵シ云云本國管内ニ入ラシメ云云ト云ヘル本國ハ日本帝國ニ對シ日本臣民ノ行爲ニ係ル場合ヲ意味ス行爲地ノ内國タルト外國タルトニ論ナシ但シ現行法カ國外犯罪ヲ支配スルコトヲ得ルカハ疑問ナリ之ニ反シテ内地在留中ト雖モ外國人ノ行爲ニ及ホス克ハサルハ缺點ナリ(2)敵國敵兵等荷モ敵ト云ヘル場合ハ總テ日本帝國カ戰ヲ開キタル外國又ハ外國ノ軍隊ヲ謂ヒ不和ノ度何程高キモ開戰ニ至ラサルモノヲ包ムコト無シ從來刑法第一二九條以下ノ外患罪ニ關シテハ日本人タル身分ニ因リ特別ニ有スル義務ニ關スル罪ト認ムルノ說行ハレ之カ爲メ各法文ニ本國ト云ヒ間接ニ犯罪ノ主體ハ日本人タルヲ要スルコトヲ示スニ至レリ然レトモ立法問題トシテ之ヲ論スレハ日本國內ニ在住スル外國人ハ勿論場合ニ因リテハ外國ニ於ケル外國人ノ行爲ト雖モ帝國外部ノ存在條件ヲ害スルカ如キハ處罰スヘキ必要アルモノ尠カラズ然レトモ此點ヲ以テ本國ナル文字並ニ犯罪ノ主體カ日本人ニ限ルト云フ點ヲ曲クルハ解釋上許スヘカラサルコトト信ス

今日ノ國際慣例ニ依レハ戰爭開始ノ時期ハ實戰以前ニ宣戰ノ布告アレハ其布告アリタル日ヨリ又布告前ニ事實上ノ戰爭行爲アレハ其行爲ノアリタル日ヨリ開戰セラレタルモノトスルヲ通則トシ此通則ヲ標準ト爲シテ既ニ戰爭ノ開始セラレタル外國ニ非サレハ敵國ト云フヲ得ス其外國ノ交戰者ニ非サレハ敵兵ト云フコトヲ得サルモ亦同一ナリ此論ノ結果トシテ外國ト不和ヲ生シ報復ヲ爲ス等ノコトアルモ尙ホ戰爭ノ開始ヲ認ムルコト能ハサル以上ハ刑法ノ敵國敵兵ト云ヘル條項ノ適用ヲ許サス』

二 背叛罪……帝國臣民ノ帝國ニ背叛スル罪ハ直接ニ帝國ニ抗敵スル場合ト敵ヲ利シ間接ニ帝國ヲ害スル場合トアリ(1)外國ト通謀シテ(單ニ外國人ト共同シタルノミヲ云フニ非ス)帝國ニ抗敵シ又ハ外國ト交戰中日本ノ同盟國ニ抗敵スルハ第一ノ場合ニ(2)日本ト交戰中ノ外國ノ軍隊ヲ日本管内ニ入ラシメ又ハ日本乃至日本ノ同盟國ノ軍事ニ關スル土地家屋物件ヲ交戰國ニ交付シ若クハ交戰國ノ爲メ軍備ノ缺乏ヲ致スハ第二ノ場合ニ相當ス(刑二一九、二三〇—二三二)

刑法第一二九條及ヒ第一三〇條ヲ通シテ一ノ注意スヘキ點アリ此二條ハ一ハ現ニ兵器ヲ取リテ日本軍隊ニ抗敵シタルモノ他ハ單ニ敵兵ニ附屬シ或職務ヲ執リタルモノヲ規定ス何レモ日本人トシテ最も許スヘカラサル犯罪ニシテ殊ニ其理由トスル所カ日本内部ノ政治上ノ改善ヲ圖ルト云フニ在ラスシテ日本ノ獨立ニ危害ヲ加ヘントスル犯罪ナリ隨テ普通内亂罪トハ其性質ヲ異ニスト論スル者アリ然レトモ此論ノ如キハ事實想像ノ不十分ナルハ言フ俟タス何トナレハ外患罪殊ニ背叛罪ニテモ外國ノ力ヲ借りテ内政ノ改良ヲ圖ラントスルモノアリ同一ノ理由ニ因リテ内亂罪ト雖モ必スシモ政治ノ改善ヲ眞ノ目的ニ非スシテ私利私慾ヲ充サンカ爲メ此ノ如キ罪ヲ企圖スル者ナキニ非ス故ニ此等ノ事情ハ純然タル事實問題ニシテ内亂罪並ニ背叛罪ノ性質上廉耻ヲ破ル程度ニ差異アルカ如ク論スルハ明カニ誤ナリト云ハサルヘカラス

三 間諜罪……刑一二三條ハ其(1)敵國ニ漏泄シ敵國ニ通知シ敵國ノ間諜ヲ誘導シト云ヘルカ爲ニ單ニ外國ト交戰中ノ所爲ノミニ適用アリ(2)又本國云云ノ制限ノ爲メ外國人ノ所爲ヲ罰スルハ極メテ不十分ナル規定ナリシカ明治三二年法律一〇四號軍機保護法ニ依リ初メテ此等(及ヒ其他)ノ欠點ヲ補綴セラレタリ對照スヘシ

四 國交ヲ害スル罪……現行法ノ認ムル處ハ私ニ外國ト戰端ヲ開ク罪、局外中立ノ布告ニ違反スル罪(刑一二三、一二四)ノ二ニ過キスト雖モ國交ヲ害スル罪ノ仍ホ此外ニ規定スヘキモノ極メテ多シ

(參考)

刑法改正草案第二編第四章

國交ニ關スル罪

刑法各論 公益ニ關スル重罪輕罪 國事ニ關スル罪 外患ニ關スル罪

第一〇八條 帝國ニ滞在スル外國ノ君主又ハ大統領ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

帝國ニ滞在スル外國ノ君主又ハ大統領ニ對シ侮辱ヲ加ヘタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス但外國政府ノ請求ヲ待テ其罪ヲ論ス

第一〇九條 帝國ニ派遣セラレタル外國ノ使節ニ對シ暴行又ハ脅迫ヲ加ヘタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

帝國ニ派遣セラレタル外國ノ使節ニ對シ侮辱ヲ加ヘタル者ハ一年以下ノ懲役ニ處ス但被害者ノ請求ヲ待テ其罪ヲ論ス

第一一〇條 外國ニ對シ侮辱ヲ加フル目的ヲ以テ其國ノ國旗其他ノ國章ヲ損壞除去又ハ汚穢シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ二百圓以下ノ罰金ニ處ス但外國政府ノ請求ヲ待テ其罪ヲ論ス

第一一一條 外國ニ對シ私ニ戰闘ヲ爲ス目的ヲ以テ其豫備又ハ陰謀ヲ爲シタル者ハ五年以下ノ禁錮ニ處ス但自首シタル者ハ其刑ヲ免除ス

第一一二條 外國交戦ノ際局外中立ニ關スル命令ニ違背シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

第三章 靜謐ヲ害スル罪

現行刑法ハ其第二編第三章中ノ九種ノ犯罪ヲ總稱シテ靜謐ヲ害スル罪ト名ケタリ而シテ之ニ關スル草案ノ趣旨ニ依レハ社會ノ公權ニ最も必要ナルハ其行使力安全ニシテ秩序アリ且平穩ナラサルヘカ

商法總則

法學博士 志田 鈞太 郎 講述

第一章 商

商トハ經濟學上ノ概念ニシテ廣義ニ於テハ貨物ノ生産者ト消費者トノ間ニ介立スル經濟的活動ヲ總稱ス而シテ其經濟的活動ヲ目的、目的物及ヒ形式等ヨリ制限スルニ因リテ茲ニ狹義ノ商ナル概念ヲ得ヘシ即チ或ハ其目的ヲ貨物ノ變形ヲ爲サスシテ單ニ之ヲ轉換ヲ掌ルコトニ限り或ハ其目的物ヲ動産及ヒ有價證券ニ限り或ハ其形式ヲ營業ニ限ル等はナリ現今獨逸ノ經濟學者ハ商ニ狹義ノ概念ヲ與フルヲ常トシ「營利ノ爲メニスル營業」ノ買入及ヒ轉賣ヲ商ト謂フ「ト定義セリ我輩ハ商ノ本體カ此點ニ存スルコトヲ疑ハスト雖モ商ノ範圍ヲ右ノ如ク限ルノ當否ハ未タ容易ニ判定スヘキモノニ非スト信ス

法トハ吾人ノ社會的活動ノ規則ナリ從テ商ト名クル吾人ノ經濟的活動ニ對シテ之カ規則タルヘキ法ノ存在スヘキハ當然トス然レトモ此等數多ノ法律規則ニ付キ之ヲ一貫スルノ原則ナク又之ヲ統一スルノ形式ナシ但私法ノ一部トシテ商法法典ナルモノノ存スルアリテ其範圍内ニ於テハ多少一貫シタル原則アリテ法典タル形式ノ下ニ數多ノ法規ヲ網羅セリ是ニ於テカ其法典ノ著眼セル經濟的活動ノ範圍ヲ探

究シテ法律學上ノ意義ニ於ケル商ノ概念ヲ決定シ以テ經濟學上ノ意義ニ於ケル商ノ概念ニ對立セシメント欲スル學者少カラス我輩ノ考フル所ニヨレハ商法典ヲ編纂スルニ當リテハ或事項ヲ目的トスルノ前提アリタルコト勿論ナレトモ其前提トナリタル事項ヲ拉ヘ來リテ商法上ノ商タルノ若クハ法律上ノ商タルモノト推測スルハ正當ニアラス蓋シ商法典ノ著眼シタル中心點ハ勿論狹義ノ商タルニ相違ナカルヘキモ其規定スル事項ノ範圍ハ種種ノ理由ニ因リテ擴張セラレ廣義ノ商ノ大半ヲ蔽フニ至リタルモノナリ故ニ其著眼ノ中心點ヲ探究スルハ可ナレトモ更ニ進テ其規定スル事項ヲ綜合シ之ニ依リテ商法上若クハ法律上ノ意義ニ於ケル商ノ概念ヲ決定セント欲スルハ其不可ナルコト喋喋ノ辯ヲ須タサルヘシ

然ラハ商法典ヲ編纂スルニ當リテ普通ニ著眼スヘキ中心點ハ如何ナル事項ナルカ我輩以爲ラク是レ商法典ノ編纂ニ關スル主義ノ異ナルニ依リ當然差異ノ存スヘキ問題ニシテ客觀的ニ一定セル事項アルコトナシ故ニ獨逸商法ノ如ク商業主義ヲ採用セルモノニ在リテハ現今獨逸經濟學者ノ商ニ與ヘタル概念即チ貨物ノ營業の轉換ヲ以テ著眼ノ中心トナシタルコトヲ推知スヘク之ニ反シテ我商法典ノ如ク商行爲主義ヲ採用シタルモノニ在リテハ前記ノ商ヨリ營業ノ觀念ヲ除去シタルモノ即チ貨物ノ營業の轉換ヲ以テ著眼ノ中心ト爲シタルモノト看做スヘキカ如シ商法第二六二條第一號ノ規定スル所即チ是ナリ

第二章 商法ノ必要

商ト稱スヘキ經濟的活動ノ存スル限リハ此活動ニ關スル法規ノ存在スルコトハ何レノ國土何レノ時代

ニ於テモ爭フヘカラサルノ事實ニシテ其法規中ニハ國際公法及ヒ國際私法の法規アルヘク公法的ノ法規モ亦之アルヘク私法的ノ法規モ亦之アルヘキコト勿論ナリ此ノ如キ關係ニ於テ商ニ關スル法規ヲ商法ト稱スルトキハ商法ノ必要ハ毫モ問題タルノ價值ナキナリ

然ルニ今日ニ於テハ前述セル如キ關係ニ非スシテ民法法典ト對峙シタル一大法典ヲ存シ之ヲ商法ト名ケラレ其內容ハ經濟上ノ概念トシテノ商ヲ其著眼ノ中心ト爲シタルコト前ニ述ヘタル所ナリ是ニ於テカ民法ト對立シテ此ノ如キ法典ヲ編纂スルノ可否即チ商法ト名タル獨立法典ノ必要如何ノ問題ヲ生ス而シテ此問題ニ付キテハ私法學者ノ中ニモ二派アリテ其一派ハ現狀ヲ維持セントスル積極說ヲ主張シ他ノ一派ハ之ニ反シテ現狀ヲ打破セントスル消極說ヲ唱道ス其積極說ハ所謂私法複本位說(Dualistische Rechtslehre)ニシテ消極說ハ私法單本位說(monistische Rechtslehre)ニ外ナラス而シテ商法典ヲ必要トスル學者ハ商ニ固有ナル法規アルコト及ヒ縱令今日之ヲ存セサルモ時ヲ經ルニ從ヒ商ニ固有ナル法規自ラ發生ストノ二箇ノ根據ヲ有スルニ過キス我輩ハ此點ニ關シテ從來單本位說ヲ主張スル者ニシテ我國ニ商法ノ存在スル理由ハ先年條約改正ノ事アルニ際シ之ニ關聯セルヨリナリトノ問題ヲ除外セハ單ニ歐洲ニ於ケル沿革上ノ情性ニ過キスト斷言スルヲ憚ラス

第三章 商法ノ編纂ニ關スル主義

歐米諸國ノ商法ヲ比較對照スルトキハ其編纂方法ニ二大主義アルコトヲ發見スヘシ即チ其一ハ商行爲主義ニシテ一名客觀主義(objectivisgma)ト名ケ佛蘭西商法、獨逸舊商法、我新舊商法等大多數ノ商法法典之ニ屬ス其二ハ商業主義ニシテ一名之ヲ主觀主義(subjectivisgma)ト名ケ獨逸ノ新商法法典

之ヲ代表ス蓋シ商業ナルモノハ商行爲ノ營業ニ外ナラサルニ依リ編纂ニ關スル以上二大主義ノ區別ハ
商法中ニ規定セラルル法規カ前者ニアリテハ商業ニ關スルモノ絶無ニシテ後者ニアリテハ商行爲ニ關
スルモノ絶無ナリトノ意義ニアラス要スルニ唯タ其著眼ノ要點トスル所ノ差異ニ因ルモノニ外ナラス

第四章 商法ノ沿革

民法ト對立スル特別商法カ商ヲ以テ立テタル國民ニモ絶對的ノ必要アルモノニアラサルコト現今英國ノ
法制之ヲ證シテ餘リアリ而シテ昔時世界ヲ併吞シタリト稱セラルル羅馬國民モ亦特ニ商法ナルモノヲ
存セザリシ之ニ依リテ之ヲ考フレハ今日歐米諸國ノ多數カ特別商法(商法法典)ヲ有スルニ至リタル理
由ノ探究ハ頗ル興味アル問題ナリトス

特別商法ノ淵源ハ二様ニ之ヲ説明スルコトヲ得ヘシ即チ其一ハ中世(西曆第十七世紀以後伊太利ヲ始
メトシテ沿海諸國ニ勃興シタル商業都會アリテ其住民ハ大小夥多ノ營業團體ヲ組織シテ貿易ニ從事シ
封建君主ヨリ自治權ヲ取得シタレハ其箇箇ノ團體竝ニ都會全般ヲ支配スヘキ特別ノ慣習法規ヲ發達セ
シメタルコト是ナリ其二ハ同シク西曆第十世紀以後歐羅巴一般特ニ獨逸ニ於テ「ギルド」ト名クル商業
團體ノ發達ヲ見ルニ至リ又商人カ定期ニ集合シテ交換貿易ヲナス設備トシテ各地方到ル所ニ市場ノ設
立ヲ見ルニ至リ此市場モ亦或種ノ自治權ヲ取得シタリシカハ商人間ニ固有ナル慣習法規ノ發達スルニ
至リタルコト是ナリ

以上二ツノ淵源ハ之ヲ小ニシテハ箇箇ノ商人ノ規矩トナリ之ヲ大ニシテハ各團體各都會及ヒ各市場ノ
規矩トナリ各地方ノ交通愈々盛トナルニ從ツテ各地方及ヒ各團體ノ固有慣習法ハ互ニ相接近シ來リタ

ル際恰モ好シ第十七世紀以後諸國國權ノ強大トナリタル時代ニ於テ最モ文明ノ域ニ進ミタリシ佛蘭西
ハ此點ニ付キテモ先鞭ヲツケ千六百七十三年ニ商業條例ヲ制定シ次キ千六百八十一年ニ海上條例ヲ
制定シ以テ内地及ヒ海外商業上ノ秩序ヲ整頓シタリ次テ普露西モ亦千七百九十三年ニ至リ彼ノ有名ナ
ル普國法ヲ制定シテ其内ニ夥多ノ商業法ヲ網羅セリ爾來歐洲諸國相次キテ商法法典ヲ編纂シ今日ニ至
リテハ歐米諸國中商法法典ヲ有セサルモノ英國ヲ除キテハ實ニ寥寥タルニ至レリ
之ヲ要スルニ商法ハ中世以後歐羅巴大陸ノ商業狀態ノ爲メニ促サレテ一般私法タル民法ヨリ分化シ來
リタルモノニシテ當初ハ小團體ノ慣習法タリシヨリ遂ニ國家ノ一大法典ニ進化シタルモノナリトス

第五章 我國ニ於ケル商法編纂ノ沿革

我國ニ於ケル商法ノ沿革ニ付キテハ維新以前ニ遡リテ之ヲ探究スルノ實益ナク又維新以後ト雖モ箇箇
ノ特別法令ニシテ商事ニ關スルモノノ比較研究ハ興味ナキニアラスト雖モ現行商法ヲ解釋スルニ付キ
テハ大ナル實益ヲ存セス從ツテ先ツ明治十五年ニ制定セラレタル爲替手形、約束手形條例ヲ以テ我國
商法沿革研究ノ第一著手ト看做シテ可ナリ次ニ明治二十三年ニ至リ舊商法ノ公布アリ其内會社、手形
及ヒ破産ニ關スル部分ハ緊急ノ必要ニ迫マレ僅少ノ修正ヲ經テ明治二十六年七月一日ヨリ實施セラ
レ其他ノ部分ハ明治三十一年七月一日ヨリ翌年六月六日マテノ短期間偶然ノ事故ノ爲メニ實施セラル
ル運命トナリ次ニ現行商法ノ之ニ代ハルコトト爲リテ今日ニ至レルモノナリ

第六章 我商法ノ内容

商法ノ規定セル事項ヲ商事ト稱ス(一條)而シテ我商法ノ編纂ニ關スル主義ハ商行爲主義ナルヲ以テ我商法ハ先ツ商行爲ノ何タルヲ規定シ次ニ其行爲ヲ營業トスル者即チ商人ノ何タルヤヲ規定セリ商法第二六三條乃至第二六五條ハ商行爲ノ概念ヲ規定シ商法第四條ハ商人ノ概念ヲ規定セリ從テ我商法ノ内容即チ商事ノ主眼トスル所ハ商行爲ニシテ之ヲ營業トスル商人之ニ次キ商行爲ノ目的及ヒ手段タルモノ即チ商品、手形其他ノ商業證券、船舶等ハ之ニ次クモノトス

第一節 商行爲

商行爲ハ獨逸法ニテ之ヲ「*Handelsgeschäfte*」ト云ヒ佛蘭西法ニテ「*Actes de Commerce*」ト云ヒ英語ニテ之ヲ「*Commercial transaction*」ト云ヒ譯スレハ「*Commerce*」トランサクション(Commercial transaction)ニシテ商法上特定セラレタル法律行爲ナリ
我商法ニ於テハ商行爲ヲ二種ニ大別スルコトヲ得(ヘシ)即チ(其一)ハ基礎的商行爲(*Grundhandelsgeschäfte*)ト稱シ主トシテ行爲ノ性質ヨリ商行爲タルモノナリ(其二)ハ附屬的商行爲(*Nebenhandelsgeschäfte*)ト稱シ行爲ノ性質如何ニ拘ラス單ニ商人カ營業ノ爲メニスルニ依リ始メテ商行爲タルヲ得ルモノトス

第一款 基礎的商行爲

基礎的商行爲ハ商事ノ範圍ヲ決定スル標準ニシテ商人ノ概念モ亦之ヲ前提トナス(四條)而シテ此商行爲ハ更ニ之ヲ左ノ二種ニ區別スルコトヲ得(ヘシ)其ハ一單ニ其行爲ノ性質ノミニ因ル商行爲即チ絕對的

商行爲(*absolute Handelsgeschäfte*)ニシテ(其二)ハ行爲ノ性質ニ加フルニ之ヲ營業トスルコトヲ以テ初メテ商行爲タルモノ即チ相對的商行爲(*relative Handelsgeschäfte*)即チ是ナリ

第一 絕對的商行爲(一名之ヲ客觀的商行爲—*objektives Handelsgeschäfte*ト謂フ)
絕對的商行爲ハ商法第二六三條ニ之ヲ規定シ之ヲ爲ス人カ商人タルト否トヲ問ハサルノミナラス之ヲ營業トシラナスト否トヲ論セス商法ハ其行爲自身カ商行爲タルヘキ性質ヲ存スト認メタルモノニシテ左ノ四種之ニ屬ス

一 利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル動産、不動産若クハ有價證券ノ有價取得又ハ其取得シタルモノノ讓渡ヲ目的トスル行爲
此等ノ行爲ハ更ニ之ヲ二種ニ細別シテ説明スルヲ便利トス

甲 投機購買

投機購買ハ更ニ之ヲ左ノ要件ニ分拆スルコトヲ得(ヘシ)

イ 有價取得ヲ目的トスル行爲

ロ 利益ヲ得テ讓渡ス意思

ハ 動産不動産若クハ有價證券

以上三要件ヲ左ニ區別シテ説明ス(ヘシ)

イ 有價取得ヲ目的トスル行爲

有價取得ナル語ハ之ヲ廣義ニ解スレハ報酬ヲ與ヘテ或權利ヲ取得スルコトヲ指スト雖モ我商法及ヒ獨逸商法ノ解釋トシテハ最モ狹義ニ之ヲ解スルヲ正當トス即チ原始的取得ハ勿論生存

者間若クハ死因贈與及ヒ所有權以外ノ物權若クハ物ニ關スル債權(使用貸借、質貸借等ヨリ生
スル債權)等ノ設定若クハ移轉ハ縱令其對價ヲ給付スルコトアルモ有償取得中ニ入ラス茲ニ
所謂有償取得トハ單ニ賣買、交換、消費貸借、消費寄託、代物辨濟、契約等所有權ヲ取得スル契
約ヲ指スニ過キサルモノト知ルヘシ尙ホ株式ノ引受カ此種類ニ屬セサルコトニ付キテハ後ニ
説明スヘシ

ロ 利益ヲ得テ他ニ讓渡ス意思

茲ニ意思ト謂ヘルハ心理學上ノ緣由(動機)ノ意義ニシテ意思ノ意義ニアラス一般ノ學者カ之
ヲ意思トシテ論スルハ誤ナルト同時ニ或學者カ利益ヲ得ントスルハ緣由ナレトモ他ニ讓渡サ
ントスルハ意思ナリト論スルモ亦否ナリ要スルニ他ニ讓渡スハ手段ニシテ利益ヲ得ルハ目的
タルコト爭ナシト雖モ此兩者相合シテ投機購買ノ緣由ヲナスモノトス
利益ヲ得テ他ニ讓渡スノ動機ハ有償取得ヲ目的トスル行為ヲナストキニ存在スヘキハ勿論ナ
リト雖モ之ヲ特別ノ方法ヲ以テ發表スルノ必要ナク有償取得ヲ目的トスル行為自身ヲ觀察シ
テ其動機ニ出テタルコト明カナレハ足ル之ヲ彼ノ意思表示ト同一ノ用例ニ從ヘル意思ト解シ
表示ノ方法等ニ付キ意思ニ關スル原則ヲ適用セント欲スルハ誤ナルコト勿論ナリトス
他ニ讓渡スト謂ヘルハ買主ノ豫想アルト否トヲ問ハス然レトモ之ヲ社團法人カ其社員ニ對シ
テ物又ハ有償證券ヲ讓渡ス場合ヲ包含スルハ否ナリ例ヘハ消費組合カ其買入レタル
物品ヲ組合員ニ移轉スルカ如キハ他ニ讓渡スモノニ非ス又利益ヲ得テト謂ヘルハ消極的若ク
ハ非財產的ノ利益ヲ包含セス例ヘハ比較的ニ損失ヲ減少シ若クハ出費ヲ減少スルカ如キハ消

極的ノ利益ナルヲ以テ茲ニ所謂利益ニ非ス又精神的ノ満足ヲ得テ讓渡サントスルカ如キモ亦
茲ニ所謂利益ニ非サルナリ利益ヲ得テ讓渡ストハ其利益カ讓渡ヨリ生スルモノタルヲ要ス故
ニ取得ト讓渡トノ間ニ於テ之ヲ利用シテ利益ヲ得ントスルカ如キハ此動機ノ目的タルコト能
ハス然レトモ讓渡ノ結果タル利益ノ豫想カ果シテ後日ニ至リ適中スルヤ否ヤハ之ヲ論セサル
ノミナラス縱令利益ノ豫想カ行為ノ當時ニ於テ事實上ノ不能タルモ妨ケサルモノトス

ハ 動産ノ不動産若クハ有償證券

茲ニ動産ト稱スルハ民法第八六條ニ所謂動産ニシテ其動産ノ取得トハ其動産上ノ所有權ノ取
得ヲ指ス動産權若クハ佛蘭西學者カ動産ト看做セル權利ノ如キハ勿論此中ニ包含セス從テ動
産債權、商號專用權、著作權、意匠權、商標權等ノ投機購買ハ商行為ニ非ス

茲ニ不動産ト稱スルハ同シク民法第八六號ニ所謂不動産ニシテ其不動産ノ取得トハ其不動産
上ノ所有權ノ取得ヲ指ス不動産權若クハ佛蘭西學者ノ所謂不動産ト看做スヘキ權利ノ如キハ
其中ニ包含セス從テ地上權、永小作權、不動產質權、抵當權等ノ投機購買ハ商行為ニ非サルコ
ト勿論ナリ然ルニ永代借地權ノ如キモノハ民法中ノ所有權ニ關スル規定ヲ準用セルノミナラ
ス(明治三十四年法律第三九號一條一項參照)帝國臣民又ハ法人カ之ヲ取得スルトキハ永代借
地權ノ抹消ヲ受クヘキモノニシテ此抹消ヲ受ケタルトキハ其土地ニ付キテ所有權ヲ取得スル
モノナリ(明治三十四年勅令第一七九號一條參照)故ニ永代借地權ノ取得ハ之ヲ不動産ノ取得
中ニ算フヘキモノトス

有償證券ハ權利ヲ表彰スル書面ニシテ其權利ヲ行使スルニ付キテハ書面ノ占有ヲ私法上ノ要

件トナスモノナリ故ニ單純ニ證據ノミニ過キサル證券(單純證據證券)ハ有價證券ニアラス又權利ヲ表彰セスシテ價格自身ヲ表彰シ(價格表彰證券)若クハ價格ノ符號ヲ表記スル(價格表記證券)ニ過キサル證券モ亦有價證券ニ非ス例ヘハ受取證券ノ如キハ單純證券ニシテ紙幣ノ如キハ價格表彰證券ナリ又各種ハ印紙等ハ價格表記證券ナルヲ以テ何レモ有價證券ニ非ス然ルニ國債證券ハ有價證券ナルヤ否ヤニ付キ學者ノ研究未タ精確ナラスト雖モ我輩ハ之ヲ以テ茲ニ所謂有價證券中ニ屬スルモノト信ス地方債證券カ有價證券タルコト殆ト疑フ容レヌ蓋シ獨逸商法ハ國債證券ト株券其他ノ有價證券トヲ對立列記シタルニ我商法ハ單ニ有價證券ナル詞ノミヲ用ヒタルニヨリ前述ノ疑ヲ惹起シタル所以ナリ

然ラハ株式引受ハ有價證券ノ取得ヲ目的トスル行為ナリヤ否ヤ獨逸商法ノ解釋トシテハ(一)發起人設立ノ場合(二)募集設立ノ場合(三)資本増加ノ場合トヲ區別シ第一發起人設立ノ場合ニハ株式ノ引受ハ有價證券ノ取得ヲ目的トスルモノナレトモ第二及ヒ第三ノ場合ハ然ラスト論セリ此見解ハ結局誤謬タルモノニシテ我商法ノ解釋上採用スヘカラス即チ我商法ニ於ケル株式引受行為ハ何レモ株式會社ノ設立及ヒ其株主トナルノ意思表示ニシテ株券ヲ會社ヨリ取得スルハ株主タルノ資格ニ伴ヒ當然生スヘキ結果ナリトス株式合資會社ノ株式ニ付キテモ同一ノ理論ヲ採用スヘシ

乙 實行轉賣

利益ヲ得テ他ニ讓渡ス意思ヲ以テ有價的ニ取得シタル動産、不動産若クハ有價證券ヲ其意思ニ從テ他ニ讓渡スコトモ亦性質ニヨル商行為ナリ何トナレハ取得行為カ已ニ商行為タルヲ以テ其

行為ノ目的ヲ完成セシムル行為モ亦商行為タルヘケレハナリ況ヤ此兩者ノ間ニハ普通ノ場合ニ於テ連鎖アリ投機購買ノ結果カ實行轉賣ニ終ハラサル場合極メテ稀ナルニ於テヤ而シテ投機購買ト實行轉賣トノ間ニ行為者ノ意思ニ變更アルト否トヲ問ハス又其時日ノ長短ヲモ論セス加之其實行轉賣ハ必スシモ積極的ノ利益ヲ得ルノ動機ヲ必要トセルナリ

二 行為

他人ヨリ取得スヘキ動産又ハ有價證券ノ供給契約及ヒ履行ノ爲メニスル有價取得ヲ目的トスル行為

甲 供給契約

此等ノ行為モ左ノ二種ニ區別シテ説明スヘシ
供給契約ナル語ハ舊商法ニ於テ使用シ始メタル所ニシテ元來夥多ノ意義ヲ有スルモノナリ即チ最廣義ニ於テハ當事者ノ一方カ自己ニ屬セサル權利ヲ取得シテ之ヲ他方ニ移轉スルノ義務ヲ負ヒ相手方ハ之ニ對シ特定ノ對價ヲ支拂ヒ若クハ支拂フコトヲ約スル契約ナリ而シテ之ヲ種種ノ方面ヨリ制限スルニヨリテ狹義ノ供給契約ヲ生ス此ノ如ク廣狹數種ノ意義ヲ有スル供給契約ノ性質ニ關シテ種種ノ學說アリ或ハ之ヲ買入レノ委託ト爲シ或ハ之ヲ請負ト爲シ或ハ之ヲ賣買ノ一種ト爲ス然レトモ我商法ニ所謂供給契約ハ之ヲ賣買ノ一種ト看做スヘキモノニシテ其供給ノ目的ハ動産又ハ有價證券ニ限リ對價ハ契約當時ニ支拂フト否トヲ論セサルモノトス

供給契約ニ付キテハ法文上他人ヨリ取得スヘキ意思換言スレハ目的物ヲ取得セントスルノ意思ヲ必要トス然レニ爰ニ所謂意思ナルモノハ投機購買ニ付キ説明シタルト同シク心理學上ノ緣由ニ該當スルモノナリ而シテ此動機ハ契約取結ノ際ニ存在スレハ足ルモノニシテ後日ニ至リ其實

行セラルルト否トハ供給契約ノ本質ニ關係ナシ但契約取結ノ際ニ於テハ目的物ヲ將來取得セントスルノ動機ノ存在スルコトヲ相手方ニ向テ言明スルカ又ハ事情ニヨリテ其動機ノ存在スルコトノ明カナルヲ必要トス從テ自己ノ倉庫中ノ所有商品ヲ相手方ニ給付セントスルノ趣旨明カナル場合ノ如キハ供給契約ヲ成立セシメス尙ホ此動機ニ加フルニ利益ヲ得ントスルノ動機ヲ必要トスルヤ否ヤ例ヘハ好意ヲ以テ他人ニ或物品ヲ供給スルコトヲ約シ其供給ノ代價ト買入ノ代價ト同一ナル場合ニハ供給契約ヲ爲スモノナリヤ否ヤノ問題ハ商法上ニ於テハ特ニ困難ナルモノニアラス即チ利益ヲ得ントスルノ動機ナケレハ商法上ノ供給契約タルコト能ハサルナリ

乙 供給契約ノ履行ノ爲メニスル有價取得ヲ目的トスル行為

供給契約ハ既ニ商行爲タル以上ハ之ヲ實行スル爲メニスル目的物ヲ取得セントスル行為モ亦商行爲タルヘキコト當然ナリ而シテ此實行行為ニ於ケル目的物ノ數量品質等カ必スシモ供給契約ノ目的物ノ數量品質等ト一致スルコトヲ必要トセス加工シ若クハ變造スレハ供給契約ノ目的物ト爲スコトヲ得ル場合又ハ數量不足ノ部分ハ更ニ他ヨリ取得シテ之ヲ補フノ考ヘ存スル場合ハ供給契約ノ實行行為タルコトヲ妨ケス但供給契約實行ノ爲メニスル動機ハ之ヲ相手方ニ言明シ若クハ事情ニヨリテ明カナルコトヲ要スルコト勿論ナリ

三 取引所ニ於テスル取引

取引所ニ於テスル取引トハ取引所法ノ定ムル所ノ商品ニ關シテ取引所ニ於テ取結フ契約ナリ此契

商法會社

法學士 矢 部 廉 講 述

第一編 總論

第一章 會社ノ意義

我商法第二編ハ會社ト題シ其第一章總則中第四二條ヲ以テ「本法ニ於テ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團ヲ謂フ」ト規定シ第四四條第一項ヲ以テ會社ハ之ヲ法人ト爲ス旨ヲ規定セルヨリ觀レハ現行商法ニ於ケル會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團法人ナリト謂フコトヲ得ヘシ其意義ヲ分解スレハ左ノ如シ

(一) 會社ノ目的ハ商行爲ヲ業ト爲スモノナルコトヲ要ス 商行爲ヲ業ト爲ストハ即チ商行爲ヲ營業トスルノ謂ヒナリ換言スレハ會社ハ商業ヲ營業ムヲ以テ目的トスルコトヲ要ス故ニ一時商行爲ヲ爲スモノハ商行爲ヲ爲スヲ營業トセザルモノナルヲ以テ此ノ如キ目的ヲ有スル社團ハ之ヲ會社ト謂フコトヲ得ス例ヘハ當座組合ノ如キ是ナリ又營利事業ヲ目的トスルモノト雖モ其行為力商行爲ニ非サルトキハ又其社團ハ會社ト謂フコトヲ得ス

(1) 又營利事業ニモ商行爲ニモ關係ナキ公益ヲ目的トスル社團ハ勿論之ヲ會社ト謂フコトヲ得ス故ニ民法第三四條ニ依ル公益法人ハ勿論同第三五條ニ依ル營利法人モ亦會社ニ非ス唯タ民法ノ營利法人ハ商社會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得又此法人ニハ商社會社ニ關スル規定ヲ準用シ得ルニ過キス故ニ若シ此ノ種ノ法人カ單純ナル營利ノ目的ヨリ一步ヲ進メテ商業ヲ爲スノ目的ニ變更シタルトキハ即チ商法ノ會社ト爲リタルモノニシテ全然商法ノ規定ニ從ハサルヘカラス隨テ商法ノ準用ヲ離レテ其適用ヲ受クルモノトス

(2) 會社ノ目的タル商行爲ノ如何ナルモノナルヤハ商法第三編ニ規定スル所ナリ商行爲ニハ絕對的商行爲(二六三條)及ヒ相對的商行爲(二六四條)ノ二種アリ其中前者ヲ業トスルモノカ會社タリ得ルコトハ論ナシト雖モ後者ヲ目的トスルモノハ會社ト云ヒ得ルヤヲ考フルニ第二六四條ニ列舉セル行爲ハ營業ト爲スノ事實ニ依テ始メテ商行爲タルモノニシテ單ニ之ヲ營業ト爲スノ目的アルノミニテハ未タ商行爲ト爲スコトヲ得ス果シテ然ラハ此等各箇ノ行爲ハ其レ自身ニ於テハ未タ商行爲ニ非サルヲ以テ此等ノ行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ有スル社團ハ直チニ會社ト謂フコトヲ得サルカ如シ然レトモ此等各箇ノ行爲中電氣又ハ瓦斯ノ供給ニ關スル行爲、運送ニ關スル行爲、出版ニ關スル行爲、保險ニ關スル行爲ノ如キ之ヲ營業ト爲ス目的アルモノハ事實之ヲ營業ト爲ス程度ニ達セストモ其目的ヲ以テ設立スルニ於テハ之ヲ會社タラシメサルハ頗ル不當ナリト謂ハサルヘカラス是レ全ク第四二條ノ規定ト第二六四條ノ規定ノ調和セサルヨリ生スル法文上ノ缺點ナリ然レトモ此ノ如キハ頗ル不都合ナルヲ以テ第四二條ハ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル社團ヲ謂フト同一意義ナリト解シ又第二六四條ノ行爲ハ業ト爲スニ於テハ商行爲ト爲ルカ故ニ法人カ此等ノ行爲ヲ業ト爲ストキハ即チ商行爲ヲ業トスルモノナリト

解釋シ第二六四條ノ行爲ヲ業トスル社團法人ハ即チ會社ナリトスルヲ穩當トス

(イ) 營利ヲ目的トスルモ商行爲ニ非サルモノ例ヘハ單ニ森林改良、増殖ヲ計リ又ハ漁族ノ繁殖ヲ計ルモノ又ハ農業ニ於テ耕地ノ整理ヲ爲シ其面積ヲ増大スルヲ目的トスルモノノ如キヲ謂フヘキカ此等ハ孰レモ利益ヲ得ル目的ニ外ナラサルモ直チニ商行爲又ハ商業ト謂フコトヲ得ス

(ロ) 民法第三五條ニ依ル營利法人ハ縱令商社會社設立ノ條件ニ從ヒ又會社ニ關スル規定ノ準用ヲ受クルモ直チニ之ヲ會社ト謂フヲ得ス何トナレハ此法人ハ單ニ營利ヲ目的トスルモノニシテ商業ヲ營ムモノニ非サルカ故ニ其本質ニ於テ商人ニ非ス隨テ商人ニ關スル規定ハ理論上此種ノ法人ニハ適用ナシト謂ハサルヘカラス例ヘハ商業登記、商業帳簿及ヒ商號ニ關スル規定ノ如シ

(二) 會社ハ社團法人ナリ、會社ハ社團ナリ故ニ二人以上ノ社員ヨリ成立ス新商法ニ於テハ一人ノミノ會社ヲ認メス隨テ社員カ減シテ一人ト爲ルニ至レハ會社ハ解散ス即チ合名會社ハ社員カ一人ト爲リタルトキハ解散ス此規定ハ第一〇五條ヲ以テ合資會社ニ準用サレ株式合資會社ニ付テハ第二四六條ヲ以テ合資會社ト同一ノ事由ニ因リテ解散スルコトヲ規定セリ縱令此等ノ規定ノ準用ナクトモ合資會社並ニ株式合資會社ハ社員カ一人ト爲リタルトキハ當然解散セサルヲ得ス蓋シ合資會社ニ在リテハ必ス有限責任社員ト無限責任社員トノ二種ノ社員アルコトヲ要シ株式合資會社ニ在リテハ必ス株主トノ二種ノ社員アルコトヲ要スルヲ以テ若シ社員カ一人ニ減シタルトキハ二種ノ社員中其孰レカ一種ヲ缺クヲ以テ合資會社タリ又ハ株式合資會社タルヲ得ス故ニ此三種ノ會社ニ付テハ社員カ一人ト爲リタルトキハ會社ハ解散ス是ニ由リテ之ヲ觀レハ社員カ二人以上タルヘキ要件ハ單ニ會社ノ設立ノ要件タルノミナラス亦其存續ノ要件ナリト謂ハサルヘカラス此點ハ民法ニ規定セル社團法人ト異ナル

所ニシテ民法第六八條第二項第二號ニ依レハ社團法人ハ社員ノ缺亡ニ因リテ解散ス故ニ一人ニテモ社員ノ存スル以上ハ法人タリ得レトモ會社ニ於テハ然ラス社員一人ト爲リタルトキハ會社ハ消滅スルモノトス又株式會社ニ付テハ之ヲ設立スルニ七人以上ノ發起人アルコトヲ要スルノミナラス(一一九條)株主カ七人未滿ニ減シタルトキハ會社ハ之ニ因リテ解散ス(二二一條三號)故ニ株式會社ニ在リテハ社員カ七人以上タルトキハ其設立要件ナルト同時ニ亦存続ノ要件ナリ是レ亦民法ニ於ケル社團法人ノ規定ト大ニ異ナル點ナリト謂ハサルヘカラス

以上述ヘタル如ク會社ハ社團法人ナルカ故ニ之ヲ組織スル社員ヲ離レテ別ニ人格ヲ有シ權利義務ノ主體タルモノナリ此點ハ民法ニ於ケル組合ト全然異ナル點ニシテ民法ノ組合ナルモノハ一種ノ契約關係ヲ云フニ過キ各當事者カ出資ヲ爲シ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ以テ其契約ノ目的ト爲スモノニシテ其事業ナルモノハ即チ組合ヲ組織スル社員各自ノ事業タルニ外ナラス又組合ノ財産ハ即チ各社員ノ共有財産ニシテ社員以外ニ其財産ニ付キ組合ナルモノカ別ニ權利ヲ有スルコトナシ然ルニ會社ニ在リテハ然ラス營業ハ即チ會社タル法人カ爲ス所ニシテ其法人ヲ組織スル各社員ノ營業ニ非ス又會社ハ各社員ノ出資ニ依リテ組織セラルル會社財産ナルモノヲ有シ其財産ハ即チ會社タル法人ノ所有ニシテ出資ヲ爲シタル各社員ノ所有ニ非ス社員ノ利益ノ分配ニ與リ又會社カ解散シタル場合ニハ殘餘財産ノ分配ヲ受クルコトヲ得ルモ直接ニ會社ノ財産ノ上ニ權利ヲ有スルコトナシ又組合ニ在リテハ組合ノ債權者ハ即チ各組合員ノ債權者ニシテ組合ナルモノカ組合員ヲ離レ獨立シテ債務ヲ負擔スルコトナシ然レトモ會社ハ法人ナルカ故ニ會社ノ債權者ハ直チニ其社員ノ債權者ニ非ス又社員ノ債權者ハ直チニ會社ノ債權者ナリト謂フコトヲ得ス社員ト組合トハ各、別箇ノ權利主體ナルカ故ニ其債權債務ハ各、別箇ノモ

ノニシテ債權者ハ會社ニ對スル債務ヲ以テ社員ニ對スル債權ト相殺スルコトヲ得ス組合ニ於テハ組合ノ債務者ハ即チ各組合員ノ債務者ナルカ故ニ本來ハ其債務ト各組合員ニ對スル自己ノ債權トヲ相殺シ得ヘキナリ但民法第六七條ハ特ニ規定ヲ設ケテ之ヲ禁セリ是レ全ク組合財産ノ鞏固ヲ計ル趣意ニ外ナラス要スルニ會社ハ之ヲ組織スル社員ヨリ離レテ別ニ人格ヲ有シ權利義務ノ主體タルモノナレトモ組合ハ組合員ヨリ離レテ別ニ人格ヲ有スルモノニ非ス

此ノ如ク組合ト會社トハ其性質全然異ナレトモ合名會社ノ内部ノ關係ニ付テハ商法ニ別段ノ定メナキトキハ組合ニ關スル民法ノ規定ヲ準用セリ是レ合名會社ノ内部ノ關係即チ會社ト社員トノ關係及ヒ社員相互ノ關係ニ付テハ民法ノ組合關係ニ類スル處多ケレハナリ(五四條)

上來述ヘタル會社ノ意義ニ依レハ會社ハ營業ヲ爲ス法人ナルカ故ニ即チ商法ニ規定セル商人ナリ隨テ商人ニ關スル規定ハ亦會社ニ適用セラルヘキモノナリ此點モ亦民法ノ法人ト異ナル所ニシテ民法ニ規定セル公益法人ハ勿論營利ヲ目的トスル法人ト雖モ之ヲ商人ト謂フヲ得ス隨テ民法ノ營利法人ニハ商人ニ關スル規定ノ適用ナシト謂ハサルヘカラス

我商法カ會社トシテ規定セルモノハ如何ナルモノナルヤハ前陳ノ如シ然ラハ此以外ニハ會社ナルモノナキヤト云フニ現行法中ニハ一般ニ會社ナルモノハ此以外ニ存在セス唯タ民法第三五條ニ依レハ別ニ「商事會社」ナル名稱アリ之ニ對シテ民事會社ナルモノアルカ如シト雖モ茲ニ所謂「商事會社」トハ單ニ「會社」ト云フト異ナルコトナシ然ラハ何故ニ民法ニテハ之ヲ「商事會社」ト曰ヒ商法ニテハ單ニ「會社」ト稱スルヤト云フニ法典編纂ノ沿革ヲ尋ヌルニ現行民法ノ組合ナルモノハ其草案ニ於テハ會社ナル名稱ヲ用ヒ之ヲ民法ノ會社即チ民事會社トシテ商法ノ會社即チ商事會社ニ對スルモノト爲スニ在リシカ

名稱ノ混合ヲ避ケンカ爲メニ民法ノ會社ハ之ヲ組合ト改メタルカ故ニ商事會社ナル名稱ハ今日ニ於テハ商法ノ會社トハ別異ノモノナルカ如キ觀アリト雖モ其實ハ單ニ會社ト稱スルモ異ナル所ナシ以上ハ商法ニ規定セル會社ノ一般ノ意義ナルカ此意義ハ又特別法ニ依ル會社ニモ當然通スヘキモノナリ特別法ノ會社トハ會社ナル觀念ニ於テ特別ナルモノニ非ス其觀念ハ即チ商法ノ會社ノ觀念ヲ以テ律スヘキモノナレトモ只特種ノ必要ニ依リ國權ノ干與ヲ要スルカ故ニ特種ノ會社ニ限リ一般商法ノ規定以外ニ特別ノ法律ヲ要スルモノニシテ此種ノ會社ニ於テハ第一ノ法源ハ即チ其特別法ニシテ其以外ノ一般ノ法律關係ニ於テハ即チ商法ノ會社ノ規定ニ從フヘキモノトス此種ノ會社中ニハ其設立ノ爲メニ特ニ簡箇ノ特別法ヲ有スルモノアリ例ヘハ日本銀行、橫濱正金銀行、日本勸業銀行、臺灣銀行、北海道拓殖銀行、日本興業銀行ノ如キハ各自特別法ヲ有スルモノナリ又一般ノ特別法ヲ有シ其設立又ハ營業ノ免許ヲ要スルモノアリ例ヘハ銀行タル會社、貯蓄銀行、私設鐵道株式會社、保險株式會社及ヒ農工商行ノ如キ是ナリ此農工商銀行ハ其設立ニ免許ヲ受クルコトヲ要ス隨テ免許ナクハ法人トシテ人格ヲ得ルコト能ハス之ニ反シテ其他ノ會社ハ單ニ其營業ヲ爲スカ爲メニノミ免許ヲ要スルニ過キス此ノ如ク特別法ニ依ル會社ハ其設立ノ爲メニ或ハ簡箇ノ特別法ヲ要シ或ハ一般ノ營業ノ免許又ハ設立ノ免許ヲ要スル等特別ニ國權ノ干與ヲ要スト雖モ其會社タル觀念ニ於テハ商法ニ規定セル會社ト異ナルコトナク換言スレハ即チ商法ノ會社タルモノナリ

會社ノ意義ハ各國ノ法律必スシモ同一ナラス我商法ハ前述セル如ク第四二條、第四四條ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團法人ヲ會社ト爲スコトヲ定メ第四三條ヲ以テ會社ノ種類ハ合名會社、合資會社、株式會社及ヒ株式合資會社ノ四種ニ限ルコトヲ規定セルヲ以テ此等四種ノ外ニハ我國法上ニハ會社ナルモノナク又此等四種ノ會社ハ又悉ク法人ナルコト一點ノ疑ナシト雖モ外國法ニ於ケル會社ナルモノハ必スシモ我國ノ會社ト同一ナラスニ其國ノ法律ニ從ヒ各ノ觀念ヲ異ニセリ例ヘハ英、獨、佛ニ於ケル會社タル觀念ハ我國ニ於ケル會社ヨリモ頗ル廣義ニシテ法人タルモノト然ラサルモノトノ二種アリ英法ニ於ケル「コンパニー」、佛法ノ「ソシエテ」、獨法ノ「ゲゼルシャフト」等皆然リ佛法ハ明文ヲ以テ會社ハ法人ナリヤ否ヤヲ規定セサレトモ商事ニ關スル會社即チ商事會社ノ法人ナルコトハ學說ノ一致スル所ナリ獨逸商法ハ我商法ト異ナリ會社ニ關スル一般規定ナク直チニ各種ノ會社ニ付テ規定シ隨テ會社ノ觀念ニ關スル一般ノ抽象の規定ナク又各箇ノ會社ニ付テモ其法人タルヤ否ヤヲ規定セス其解釋ハ之ヲ學說ニ一任シタルヲ以テ會社ハ法人ナルヤ否ヤノ議論ハ頗ル重大ナル問題ナレトモ株式會社ノミハ之ヲ法人ト解釋スルコトニ於テ議論ノ一致スル所ナリ

會社ハ社團法人ナリ然ラハ商法ニ於ケル會社ト民法ノ社團法人ニ關スル規定トノ關係如何商法第一條ニ依レハ會社ニ關スル事項ニシテ商法ニ規定ナク又商慣習法モナキ場合ニ於テハ民法ニ關スル社團法人ノ規定ヲ適用スヘキカ如シト雖モ其實ハ然ラス新商法ニ於ケル會社ニ關スル規定ハ頗ル詳密ニシテ民法ノ社團法人ニ關シテ規定セルト同一ノ事項ヲ特ニ商法中ニ掲ケタルノミナラス其掲ケサルモノニ付テハ特ニ民法ノ法人ニ關スル規定ヲ準用スヘキコトヲ定メタルヨリ觀レハ(六二)條二項、九一條四項(三四條)社團法人トシテ會社ニ必要ナル事項ハ悉ク之ヲ商法中ニ網羅スルノ趣意ナルコト明カナリ果シテ然ラハ社團法人ニ關スル事項ニシテ會社ニ必要ナルモノハ悉ク商法中ニ在ルヲ以テ事實上商法第一條ノ適用ナシト謂ハサルヘカラス又之ヲ社團法人ノ種類ヨリ考フルニ民法ノ社團法人ニハ公益法人ト營利法人トノ二種アリ而シテ營利法人ハ全然商法ノ會社ニ關スル規定ニ從フトセルヨリ觀ル

モ營利ニ關スル法人ハ民法ノ所謂營利法人タルト商法ノ會社タルト問ハス總テ社團法人トシテハ商
法ノ規定ニ從ハシメ民法ヨリ離隔スルノ趣意ト認メサルヘカラス隨テ民法ノ社團法人ニ關スル規定ハ
公益法人ニノミ適用セラレ商法ノ會社及ヒ民法ノ營利法人ハ商法ノ會社ニ關スル規定ノミニ依リテ支
配セラレ民法ノ社團法人ノ適用ヲ受ケサルモノト解釋セサルヘカラス然レトモ此點ヲ以テ會社ハ總テ
民法ノ法人ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケルモノニ非スト誤解スヘカラス上來説明セル所ハ法人中專ラ社
團法人ニ關スル規定ニ付テ述ヘタルニ過キス一般ノ法人ニ關スル事項ニ付テハ會社中規定ナキモノハ
民法ノ規定ノ適用ヲ受ケルモノニシテ例ヘハ民法第三三條第三六條及ヒ第四三條ノ如キ規定ハ會社ニ
付テモ其適用ナカルヘカラス

第二章 會社ノ種類

我商法ハ第四二條ヲ以テ會社ノ抽象的觀念ヲ定メ第四三條ヲ以テ具體的ニ會社トハ如何ナルモノヲ謂
フヤヲ規定セリ即チ同條ヲ以テ商法ニ所謂會社トハ合名會社、合資會社、株式會社及ヒ株式合資會社ノ
四種ナルコトヲ規定セリ此四種ノ外ニハ現行法ニ於テハ會社ナルモノヲ認メス故ニ具體的ニ會社トハ
何ソヤト言ハハ即チ前記四種ノ法人ハ即チ會社ナリト謂フヲ得ヘシ此等各種ノ會社ニ付テハ各、名稱
ノ下ニ詳細ナル規定アルヲ以テ各種會社ノ各論ヲ説明スルニ當リテ其性質ヲ了知スルヲ得ヘシト雖モ
豫メ其大體ノ觀念ヲ得ルハ頗ル便宜ナルヲ以テ此等各種ノ會社ノ大要ヲ説明スヘシ
現行商法カ會社ヲ以テ此等四種ノモノト爲セシハ我國固有ノ發達ニ基キタルモノニ非ス主トシテ外國
ノ會社制度ニ倣ヒタルモノナリ其區別ノ標準ト經濟上ノ理由ニ於テハ主トシテ資本集收ノ事情如何ニ

基クモノナルモ法律上ノ區別ノ標準トシテハ會社ハ其社員カ會社事業ヲ自己ニ委スル責任ノ程度如何
ニ依リテ種類ヲ異ニスルモノナリ以下各種ノ會社ニ付テ之ヲ説明スヘシ

第一 合名會社 合名會社ハ即チ我商法第二章ニ規定セル會社ニシテ其特色トスル所ハ會社財
產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ各社員連帶シテ其辨濟ノ責任ヲ負ニ在リ(六
三條)即チ合名會社ニ於テハ其社員タル者ハ所謂無限責任社員タルコトヲ要スルモノナリ元來會社ハ
法人ナルヲ以テ特別ノ規定ナキ以上ハ之ヲ組織スル社員ハ會社ナル法人ノ債務ニ付キ自ラ責任ヲ帶フ
ヘキ道理ナシ會社ノ債務ハ直チニ社員ノ債務ニ非サルコトハ已ニ述ヘタル如シ然ルニ商法カ特ニ第六
三條ヲ以テ合名會社ノ社員ハ會社ノ債務ニ付キ責任ヲ帶フヘキ旨ヲ定メタルハ即チ會社事業經營ノ上
ニ於テ社員ヲシテ最も直接ノ利害關係ヲ保タシメ其事業ヲ經營スルコト恰モ自己ノ事業ヲ經營スル
異ナル所ナカラシムルノ趣意ニ外ナラス即チ合名會社ニ在リテハ寧ロ會社ノ資產ヨリモ會社ヲ組織ス
ル社員ニ最モ重キヲ置キタルモノニシテ獨逸學者ノ所謂人の會社ナルモノハ合名會社ヲ以テ其隨一ト
ス人の會社トハ會社ノ資產ヨリモ寧ロ其社員ノ對人信用ニ重キヲ置ケル會社ノ謂ヒナリ合名會社ニ於
テハ此ノ如キ社員ヲシテ全責任ヲ以テ會社事業ニ當ラシムルカ故ニ各社員ハ當然其業務執行ノ權利義
務ナカルヘカラス(五六條)又會社ノ外部ニ對シテハ各自會社ヲ代表スルコトヲ得サルヘカラス(六
一條)而シテ又會社ノ人ニ重キヲ置ク結果トシテ其社員ハ如何ナル人ナリヤ總テ之ヲ明瞭ニ示サルヘ
カラス是レ即チ社員ノ氏名住所ヲ以テ定款及ヒ登記ノ必要の記載事項ト定メタル所以ナリ(五〇條、
五一條)又會社ニ關スル重大ナル事項ニ付テハ社員ノ總意ヲ尊重セサルヘカラス是レ即チ定款ノ變更
其他會社ノ目的ノ範圍内ニ非サル行爲ヲ爲スニハ總テ社員ノ同意アルコトヲ要シ(五八條)其他持分ノ

處分(五九條)罷業ノ禁止(六〇條)社員ノ退社(六九條)社員ノ除名(七〇條)會社ノ解散(七四條)會社ノ合併(七七條)會社解散後ノ財産處分(八五條)ノ如キ重大ナル事項ニハ社員ノ總意又ハ利害關係人以外ノ總社員ノ一致ヲ要スト規定セル所以ナリ

經濟上ノ事由ヨリ言ヘハ合名會社ナルモノハ互ニ信用スル人カ資本ヲ醸出シ相互ノ伎倆ニ依リ全責任ヲ以テ會社事業ヲ營ムニ在ルカ故ニ此ノ如キ相互ノ信用ト又無限ノ責任トヲ負擔スルコトハ大多數人間ニハ到底成立スルコトヲ得ス隨テ合名會社ノ社員ハ極メテ少數ナルヲ普通トス我商法ニ於テハ只合名會社ノ社員ハ二人以上タルコトヲ要スル旨ヲ規定シ其社員ノ員數ノ最大限ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ理論ニ於テハ如何ニ多數ノ社員アリトモ合名會社タルニ於テ妨ケナシト雖モ實際ニ於テハ前述ノ理由ニ據リ多數ノ合名會社社員アルコトナシ舊商法第七四條ハ合名會社ノ社員ハ二人以上七人以下ナルヘキコトヲ規定セリト雖モ無限ノ責任ヲ負擔スヘキ事業ヲ經營スルニ即チ社員相互ノ信用ハ必スシモ七人以下ニ非サレハ成立シ得ヘカラサルモノニモ非サレハ此ノ如キヲ規定スヘキ必要毫モ之ナク寧ろ新商法ニ於ケル如ク其最大限ヲ定メス經濟社會ノ事情ニ放任スルノ愈レルニ若カス

此ノ如キ合名會社ハ其社員ハ少數ナルカ故ニ隨テ資本モ自ラ大ナルコトヲ得ス故ニ大資本ヲ以テ大事業ヲ經營スルニハ適セサルモノナリ

第二 合資會社 合資會社ハ商法第二編第三章ニ規定スル所ニシテ其特色トスル所ハ合名會社ト異ナリ必ス社員ハ無限責任ノ者ト有無限責任ノ者トノ二種アルコトヲ要スル會社ナリ無限責任社員ノ何タルヤノ概念ハ合名會社ニ付テ述ヘタル所ニ同シ隨テ合資會社ニ於テモ無限責任社員ニ關スル法律關係ハ合名會社ト異ナル所ナキヲ原則トス(一〇五條)唯タ合資會社ニ於テハ無限責任社員ノ外ニ有無限責任社員ヲ有スル點ニ於テ特色アルモノナレハ今專ラ有無限責任社員ニ關スル點ニ付キテ之ヲ説明スヘシ

有無限責任社員トハ無限責任社員ニ對スルモノニシテ會社ニ對シ一定ノ出資ヲ爲スノミニテ其出資以外ニハ何等ノ責任ヲ負ハサル者ナリ故ニ社員カ會社ニ對スル責任ハ其出資ノ限度トスルハ勿論社員ハ法人タル會社ノ債務ニ付テハ毫モ責任ヲ有スルモノニ非サルナリ要スルニ有無限責任社員ハ唯タ會社ニ對シテ一定ノ資金ヲ供スルニ止マリ一身ヲ舉ケテ會社事業ニ投スルモノニ非ス故ニ合名會社ノ社員ニ於ケルカ如ク勞務又ハ信用ヲ以テ出資ト爲スコトヲ得ス出資ハ必ス金錢其他ノ財産ヲ以テ爲スコトヲ要ス(一〇八條)其他有無限責任社員ハ罷業禁止ノ適用ナキコト(一二三條)又會社ノ業務ヲ執行シ又ハ會社ヲ代表シ得サルコト(一二五條)有無限責任社員ハ禁治產ノ宣告ヲ受クルモ退社セサルコト(一二七條)等ハ無限責任社員ト異ナリ皆有限責任社員ノ人ニ重キヲ置カサル趣意ニ基ク規定ニ外ナラス

合資會社ノ無限責任社員ニ至リテハ合名會社ノ場合ト異ナラス故ニ合資會社ノ業務執行、其代表等一ニ無限責任社員ニ依リテ行ハル(一〇九條、一一四條)要スルニ合資會社ニ在リテハ事業經營ノ實行及ヒ其責任ハ全然無限責任社員ニ在ルモノニシテ有限責任社員ハ單ニ出資ヲ爲スニ過キサルモノトス

合資會社ハ必ス無限責任社員ト有無限責任社員トヲ以テ組織スルコトヲ要スルカ故ニ若シ其一ヲ缺クトキハ會社ハ最早ヤ合資會社トシテ存在スルコトナシ

斯ノ如ク此種類ノ會社ヲ認ムヘキ經濟上ノ理由ハ又資本集合ノ事情ニ基クモノニ外ナラス即チ少數ノ人相集リ自己ノ一身ヲ舉ケテ會社事業ニ從事セントスルモ各自ノ資本ノミニテハ不足ヲ告クルニ依リ他ニ資本ヲ有スル者アリテ其少數者ノ伎倆ヲ信用シ自ラ資本ヲ供給シ而モ自己ハ一身ヲ投シテマテモ會社事業ニ當ルコトヲ好マサル場合ニハ即チ此種ノ會社ヲ認ムルノ必要アリ此點ヨリセハ合資會社ハ

之ヲ合名會社ニ比スレハ資本吸收ノ上ニ於テハ稍ヤ便宜ナルモノト謂ハサルヘカラス
 新商法ノ實施セラレタルニ拘ハラズ舊商法ノ支配ヲ受クヘキ會社アリ是レ即チ舊法ノ合資會社ナリ
 (商施三八條)舊法ノ合資會社ハ全ク「ロエスレル」氏ノ草案ニ基クモノニシテ舊商法ニノミ特有ノモノ
 ニシテ各國法中ニ其類例ヲ見ス舊商法第一三六條乃至第一五三條ヲ以テ之ヲ規定セリ其大要ヲ説明ス
 レハ舊法ノ合資會社ハ有、限責任社員ヲ以テ之ヲ組織スルヲ原則トス(舊商一三六條)然レトモ又無限責
 任社員アルコトヲ妨ケス(同一三八條四號、一三九條、一四〇條)而モ會社ヲ代理スル權利義務ハ有限責
 任社員ト無限責任社員トニ依リテ異ナル所ナク各社員同等ニ之ヲ有ス(同一四一條)又社員七人以上ナ
 ル合資會社ニ在リテハ特ニ取締役ナル機關ヲ設置スルコトヲ得此取締役ハ裁判上ト裁判外トヲ問ハス
 總テ會社ノ事務ニ付キ會社ヲ代表スル專權ヲ有スルモノトス(同一四二條、一四三條)
 斯ノ如ク舊法ノ合資會社ハ其主要ノ規定ニ於テ新法ノモノト著シク異ナレリ此種ノ會社ヲ認ムヘキ立
 法上ノ理由ニ至リテハ之ヲ解スルヲ得ス若シ有限責任社員ヲ以テ主トスルニ在ラハ寧ロ株式會社ト爲
 スコトニ依リテ會社ノ目的ヲ達シ得ヘク無限責任社員ヲ以テ主トスルニ在ラハ宜シク之ヲ合名會社ト
 爲スヘシ有限責任社員ヲ原則ト爲セトモ又無限責任社員アルヲ妨ケストスルカ如キハ前ニ説明スル新
 商法ノ合資會社ヲ認メタル趣意ニ照セハ自ラ無定見ノ主義タルヲ免レス故ニ新商法ニ於テハ此種ノ合
 資會社ハ之ヲ認メス

此種ノ合資會社ニシテ新法施行以前ニ設立セラレタルモノ少カラス故ニ新商法カ之ト異ナリタル規定
 ヲ設ケタルカ故ニ舊合資會社ハ消滅スルモノトシ又ハ急ニ其組織ヲ變更スヘキモノトセハ經濟社會ヲ
 動亂スルコト甚シキヲ以テ商法施行法第三八條ヲ以テ先ツ舊合資會社ニハ舊商法ノ規定ヲ適用スヘキ

コトヲ定メテ其存續ヲ認メ一方ニ於テハ第四二條ヲ以テ合併ニ依リ新法ノ會社ノ一ト爲ルコトヲ規定
 シ徐徐ニ新法ノ會社ト爲ス途ヲ開ケリ此等ノ規定ノ詳細ハ後日説明スヘシ唯タ茲ニ一言スヘキハ施行
 法第三九條ヲ以テ舊合資會社ハ其取引ニ關スル一切ノ書類ニ商法施行前ニ設立シタル會社タルコトヲ
 示スヘキコトヲ要スル旨ヲ規定セルコト是ナリ蓋シ舊合資會社ハ前述セルカ如ク其法律關係ハ新法
 ノモノニ比スレハ著シク異ナルヲ以テ會社ト取引ヲ爲ス者ハ其會社カ舊法ノ合資會社ナルヤ否ヤヲ知
 ルニ非サレハ不測ノ災ヲ被ムル虞アルヲ以テ之ヲ除クノ一方法トシテ本條ノ規定ヲ設ケシナリ
 第三 株式會社 株式會社ハ商法第二編第四章ニ規定スル所ニシテ其特色トスル所ハ社員ノ出資ハ悉
 ク之ヲ株式ニ分チ之ヲ結合シテ會社ト資本ヲ成シ社員ハ即チ株主ニ對シテ其出資以上ニハ何等ノ責任
 ヲ負ハサルモノヲ謂フ故ニ株式會社ニ於テハ社員ハ悉ク有限責任ナリト謂ハサルヘカラス隨テ社員ナ
 ル人ニ付テハ毫モ重キヲ置カス全然物質的資本ニ重キヲ置ケル會社ナリト謂ハサルヘカラス獨逸學者
 ノ所謂物的會社又ハ資本團體ト稱スルモノハ即チ株式會社ヲ以テ其標本トス株式會社ハ此ノ如ク社員
 ノ人ニ重キヲ置カス資本ニ重キヲ置ク故ニ多數人ノ結合ヲ計ル上ニ於テハ頗ル便利ナリ隨テ資本ヲ
 要スル大事業ヲ經營スルニ於テハ最も適當ナル會社組織ト謂ハサルヘカラス然レトモ之ト同時ニ其法
 律關係ハ他ノ會社ニ比スレハ頗ル複雑極ム其概要ヲ説明スレハ會社ノ設立ニハ七人以上ノ發起人ア
 ルコトヲ要スルト同時ニ社員即チ株主ハ七人以上アルニ非サレハ株式會社ハ存續セズ(一九九條、二二
 一條三號)其資本ハ悉ク之ヲ株式ニ分チ社員即チ株主ノ責任ハ其引受又ハ讓受ケタル株式ノ金額ヲ限
 度トシ(一四三條)會社事業ノ經營ニ付テハ特別ノ機關ヲ設ケ意思機關トシテハ株主總會アリ
 (二編第四章三節)款)業務執行及ヒ會社ノ代表機關トシテハ三人以上ノ取締役ナルモノヲ株主中ヨリ設

ケ(二四條、二六條、一六九條、一七〇條)又監督機關トシテハ監査役ヲ設ク(一八一條、一八三條)要スルニ此等ノ規定ハ株式會社ナルモノハ合名會社又ハ合資會社ニ於ケルカ如ク少數ノ社員ニ依賴シテ事業ヲ爲スノ趣意ニ非ス主トシテ資本ニ重キヲ置キ多數ノ人ヨリ資金ヲ吸收シ大資本ニ依リ大事業ヲ經營セシカ爲メニ多數ノ社員アルコトヲ前提トシテ設ケラレタルモノニ外ナラス

第四 株式合資會社 株式合資會社ハ舊商法ニ於テハ之ヲ認メス新商法ニ於テ始メテ認メラレタルモノニシテ全然我國ニ新規ナル會社ナリ即チ商法第二編第五章ニ規定スル所ナリ其特色トスル所ハ社員ハ必ス無限責任社員ト株主トノ二種アルコトヲ要ス(二三五條)故ニ無限責任社員ヲ有スル點ニ於テハ合資會社ニ類似シ株主ヲ有スル點ニ於テハ株式會社ニ近似セルモノナリ然レトモ沿革上ヨリ言フモ亦我商法ノ規定ヨリ觀ルモ寧ロ其性質ハ株式會社ヨリモ合資會社ニ類スルモノナリ此會社ノ無限責任社員ハ合資會社ノ無限責任社員ト同一ノ責任ヲ有ス株主ハ株式會社ノ株主ト同一ノ責任ヲ有ス(二三六條)隨テ無限責任社員ハ合資會社ニ於ケルカ如ク業務ノ執行ヲ爲シ又ハ會社ヲ代表ス之レヲ株式會社ノ場合ニ比スレハ此點ニ於テ恰モ取締役ノ地位ヲ取ルモノナルヲ以テ會社ヲ代表スル無限責任社員ニハ株式會社ノ取締役ニ關スル規定ヲ準用セリ(二四三條)故ニ株式合資會社ニ於テハ株式會社ニ於ケルカ如ク別ニ取締役ナル機關ヲ設ケス取締役ノ地位ハ當然無限責任社員ニ當ルモノトス然レトモ一方ニ於テハ株主ノ意思ヲ表示スヘキ株主總會ナルモノハ之ヲ認メサルヘカラス又取締役ノ地位ニ當レル無限責任社員ヲ監督スヘキ監査役ナルモノモ其必要アルヲ以テ之ヲ認ム(二三六條二項)而シテ株式合資會社ノ設立ニ付テハ無限責任社員カ發起人ト爲リ株主ヲ募集スルモノトス(二三七條、二三八條)上述セル如ク會社ニハ四種アリテ各々其法律關係異ナルヲ以テ或會社カ會社中如何ナル種類ニ屬スル

モノナルヤハ外部ニ對シテ之ヲ明示スルノ必要アリ即チ第一七條ヲ以テ「會社ノ商號中ニハ其種類ニ從ヒ合名會社、合資會社、株式會社又ハ株式合資會社ナル文字ヲ用ユルコトヲ要ス」ト定メタル所以ナリ故ニ會社ハ其種類ニ從ヒ必ス本條ニ定メタル文字ヲ使用シテ其商號ヲ表示セサルヘカラス是レ以外ノ文字ヲ以テ表示スルコトヲ得ス縱令或種ノ會社タルコトヲ示シ得ル意義ヲ有スル文字アリトモ之ヲ使用スルハ本條ヲ遵守スルモノニ非ス又會社ハ商人トシテモ一箇人ト異ナルノミナラス社團トシテモ民法ノ社團法人又ハ組合ト異ナルカ故ニ會社ニ非スシテ商號中ニ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用ユルコトヲ得ス此規定ニ違背シタルモノハ五圓以上五十圓以下ノ過料ニ處セラル(一八條)故ニ會社ナル文字ヲ用ユル場合ハ勿論又他ノ文字ヲ用ユルトモ其意義カ會社ナルコトヲ示ス場合ニハ本條ノ制裁ヲ受クルモノトス

以上述ヘタル所ニ依リ我商法ニ於ケル會社ノ各種ニ付キ其特質ノ大要ヲ説明セリ本章ヲ終ルニ當リ一言スヘキハ會社ノ種類ハ各國ノ規定必スシモ一ナラス其名稱ヨリ言フモ亦其社員ノ責任ノ種類ヨリ云フモ種種異ナル會社ヲ認メタリ

第三章 各種ノ會社ニ關スル通則

現行商法ニ於テ會社ト稱スルモノハ四種類ナルコトハ前章ニ於テ述ヘタルカ如シ此等ノ會社ニ付テハ其種類ニ從ヒ詳細ナル規定ヲ設クト雖モ總則ヲ以テ各種ノ會社ニ共通ナル規定ヲ設ケタリ以下之ヲ説明スヘシ

第一節 會社ノ住所

我商法ハ會社ヲ以テ法人ト爲ス以上ハ會社ノ住所ナルモノナカルヘカラス即チ第四四條第三項ヲ以テ會社ノ住所ハ本店ノ所在地ニ在ルモノト規定セリ抑モ自然人ニ於テハ其住所ハ其人ノ生活ノ本據ニシテ(民二一條)民法ノ法人ニ付テハ其主タル事務所所在地ニ在ルモノナルカ(民五〇條)會社ノ本店ノ所在地ヲ以テ其住所ト爲ス理由ハ其精神ニ於テハ民法ニ規定スル所ト異ナルコトナシ會社ノ本店ノ所在地ハ會社ノ營業ノ本據地ニシテ又主タル事務所所在地ナルヲ普通トス此ノ如ク會社ノ住所ハ本店ノ所在地ニ在ルカ故ニ會社ノ普通裁判籍ハ會社ノ本店ノ所在地ニ依リテ定マリ(民訴一〇條)又民事訴訟法第一六七條ニ依ル法律上ノ期間ノ伸長ヲ計算スルニハ會社ニ在リテハ本店ノ所在地ヲ以テ起點トセサルヘカラス其他法律ニ於テ「住所」又ハ「所在地」ト云フトキハ會社ニ付テハ總テ本店又ハ本店ノ所在地ト看做ササルヘカラス假令會社ハ本店ノ外ニ數多ノ支店ヲ有シテ營業ヲ爲スコトアリト雖モ法律ニ於テ會社ノ住所トセサル以上ハ其會社ノ住所ハ常ニ本店所在地ニ在ルモノニシテ支店所在地ハ營業上如何ニ重要ナルモノナル場合ト雖モ會社ノ住所地ニ非ス

第二節 會社設立ノ登記

會社ハ社團法人ニシテ之ヲ組織スル社員ヲ離レテ別ニ人格ヲ有シ權利義務ノ主體タルカ故ニ會社力成立スルニ至レハ之ヲ公示シ其社團力法人トシテ第三者ニ對抗力ヲ有シ得ヘキ時期ヲ定ムルノ必要アリ是レ第五條ヲ以テ會社ノ設立ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ會社ノ設立ヲ公示ヘキ地、公示ノ方法及ヒ其效力ヲ定メタリ唯タ登記スヘキ事項ハ會社ノ種類ニ依リテ異ナルヲ以テ各會社ノ規定中ニ之ヲ掲ク即チ合名會社ニ在リテハ第五一條、合資會社ニ在リテハ第一〇七條、株式會社ニ在リテハ第二四二條ニ掲ケタル事項ヲ登記スルコトヲ要ス此等ノ事項ノ詳細ニ付テハ別ニ各論ノ說明ニ譲リ茲ニハ之ヲ述ヘス

(第一) 登記ノ土地 會社ノ成立ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ設立ノ登記ハ會社ノ本店ノ所在地ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス即チ會社ノ住所地ニ於テ之ヲ登記スルニ非サレハ會社ノ設立ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ支店ニ於テ之ヲ登記スルモ本店所在地ニ於テ登記ナクハ對抗力ナシ又支店ニ於テ未タ登記ヲ爲サストモ本店所在地ニ於テ登記ヲ了セハ此對抗力ヲ生スルモノトス

(第二) 公示ノ方法 ハ必ス登記ニ限ル假令他ノ方法ヲ以テ設立ノ事實ヲ公示スルモ第三者ニ對抗力ヲ生スルコトナシ故ニ會社力單ニ官報又ハ新聞紙ヲ以テ設立ヲ公示スルモ此效力ヲ生セサルハ勿論又裁判所力實際ニ未タ登記ヲ了ヘサルニ誤リテ登記事項ヲ官報及ヒ新聞紙ヲ以テ公示シタル場合ト雖モ未タ會社設立ノ登記ナキヲ以テ第三者ニ對シテ對抗力ヲ生スルコトナシ(非訟一四四條)

(第三) 登記ノ手續 會社設立ノ登記ハ非訟事件手續法ニ定ムル所ノ一定ノ申請人ヨリ會社本店ノ所在地ノ區裁判所又ハ其出張所(管轄登記所ナリ)ニ備フル商業登記簿ニ登記スルニ在リ商業登記簿ハ會社及ヒ外國會社ニ付キ別別ニ之ヲ備ヘリ即チ合名會社ニ在リテハ合名會社登記簿ニ、合資會社ニ在リテハ合資會社登記簿ニ、其他ノ會社モ各其種類ニ屬スル登記簿ニ登記スルコトヲ要ス

會社設立ノ登記ノ申請者ハ合名會社ニ在リテハ總社員(非訟二七九條)合資會社ニ在リテハ其無限責任

社員ノ全員(非訟一八五條)株式會社ニ在リテハ總取締役及ヒ總監查役(非訟一八七條)株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員及ヒ總監查役(非訟一九六條)是ナリ
(第四) 登記ヲナスヘキ時期 ハ會社成立ノ日ヨリ二週間内ナルコトヲ要ス(五一條、一〇七條、一四一條、二九條、二四二條、二六六條二項)唯タ株式會社ニ於テ發起人カ總株式ヲ引受ケタル場合ニハ會社ハ之ニ因リテ成立スレトモ(一二三條第一、二四條ニ規定セル調査終了ノ日ヨリ起算シテ二週間ナルコトヲ要ス(一四一條)若シ此等ノ登記ヲ怠リタルトキハ會社ノ業務ヲ執行スル社員、取締役又ハ監查役ハ五圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラル(二六一條一項)

(第五) 登記ノ效力

(一) 會社カ其設立ヲ本店ノ所在地ニ於テ登記シタルトキハ第三者ニ對シテ法人タル會社ノ對抗力ヲ生ス前ニモ述ヘタル如ク各種ノ會社ニ付テハ各其規定ニ依リ登記ヲ爲ス以前ニ於テ法人トシテハ成立スレトモ其法人タル資格ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ設立ノ登記ヲ完了シタル後ナラサルヘカラス故ニ社員相互ノ間又ハ會社ト社員間トノ關係ニ於テハ設立登記以前ニ於テ苟モ會社ノ成立要件ヲ具備セル以上ハ社員又ハ會社ハ會社ノ未タ成立ナキコトヲ主張シテ各自ノ責任ヲ免カルコトヲ得ス唯タ第三者ハ未タ設立ノ登記ナキトキハ會社ハ未タ成立セサルモノニシテ自己ノ責任ヲ免カルコトヲ得ルナリ然レトモ本條ノ規定ハ登記ナクハ會社カ第三者ニ對抗シ得サルコトヲ規定シタルニ止マリ第三者カ會社ニ對抗シ得サルコトヲ規定シタルニ非サルカ故ニ第三者ニ於テハ設立登記以前ト雖モ會社ノ成立ヲ以テ會社ニ對抗シ得ルモノトス例ヘハ設立登記以前ニ第三者カ會社ニ對シテ債務ヲ負擔シタル場合ニハ第三者ハ未タ會社ハ第三者ニ對シテハ設立ナキコトヲ主張シ會社ニ對シテ

債務ヲ負フヘキ理由ナキコトノ抗辯ヲ提出シ得ヘシト雖モ之ニ反シテ第三者カ設立登記以前ニ會社ニ對シテ債權ヲ有スルトキハ會社ノ債務トシテ會社ヲ訴ヘ得ルモノニシテ會社側ニ於テハ未タ會社ハ登記ヲ完了セサルカ故ニ會社ノ成立ナク隨テ會社トシテ債務ヲ負フヘキ理由ナキコトヲ抗辯スルコト能ハス會社ハ會社ノ債務トシテ第三者ニ之ヲ辨濟セサルヘカラス

會社設立ノ登記ノ效力ハ右ニ述ヘタル如シ之ヲ以テ一般ノ商業登記ノ效力ニ關スル第一二條ノ規定ト比較スルトキハ著シキ差異アリ即チ第一二條ノ場合ニ於テハ(1) 第三者ニ對スル對抗力ハ登記及ヒ公告ノ後ニ非サレハ發生セスト雖モ第四五條ノ場合ニ於テハ登記ノミヲ以テ足レリ(2) 第一二條ノ場合ニ在リテハ對抗力ハ善意ノ第三者ニ限ラル故ニ登記及ヒ公告ノ前ト雖モ事實第三者カ登記事項ヲ知リタルトキハ其者ニ對シテハ對抗力ヲ生ス然ルニ第四五條ノ場合ニ在リテハ第三者ノ善意惡意ヲ區別セス隨テ設立登記前ニ於テ第三者カ會社ノ成立シタルコトヲ事實知リタル場合ト雖モ苟モ登記ナキ以上ハ其設立ヲ以テ其第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(3) 第一二條ノ場合ニ於テハ登記及ヒ公告ノ後ト雖モ第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ其登記事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト雖モ第四五條ノ場合ニ在リテハ苟モ一タヒ登記シタル以上ハ縱令第三者カ正當ノ事由ニ因リ知ラサリシ場合ト雖モ仍ホ對抗力ヲ生スルモノトス

上來述ヘタル如ク會社ノ設立ノ登記ハ會社ノ成立ヲ以テ第三者ニ對抗スル要件タルニ過キスシテ設立其モノノ要件ニ非ス會社ハ登記以前ト雖モ成立スルモノナリ此點ニ關スル外國法ノ規定ハ必スシモ同一ナラス例ヘハ獨逸商法ニ於テハ會社ノ設立ノ登記ハ株式會社及ヒ株式合資會社ニ付テハ設立其モノノ要件タルモノナリ

(二) 會社ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ開業ノ準備ニ著手スルコトヲ得ス(四六條)
前ニ述ベタル如ク設立登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコト能ハサル以上ハ又會社ハ其登記ヲ了シタル後ニ非サレハ開業ノ準備ニ著手スルコトヲ得スト規定スルハ當然ナリ蓋シ荷モ開業ノ準備ヲ爲スニ於テハ會社ハ自然第三者ト取引ヲ爲スヲ要スヘク隨テ第三者ト會社トノ間ニ債權債務ノ關係ヲ生スルニ至ルヘシ然ルニ設立登記後ニ非サレハ會社ハ第三者ニ對シ對抗力ヲ生セサルヲ以テ開業準備ニ伴ヒ生スル此等ノ債權ニ付キ會社ハ頗ル不利益ノ地位ニ立テ隨テ會社ニ損害ヲ來スヘシ是レ第四六條ヲ以テ會社ハ設立ノ登記ヲ本店所在地ニ於テ爲シタル後ニ非サレハ開業ノ準備ニ著手スルコトヲ得スト定メタル所以ナリ若シ此規定ニ反シテ開業ノ準備ニ著手スルトキハ業務ヲ執行スル社員又ハ取締役ハ五百圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラル(二二一條五項)然ラハ此登記前ニ開業準備ノ爲メニ爲シタル行為ノ效力ハ如何ト云フニ本條ノ規定ニ依リ直チニ之ヲ無効ナリト謂フヲ得ス第四五條ニ依レハ設立登記前ノ行為ト雖モ第三者ヨリシテ會社ニ對抗スルコトヲ妨ケサル趣意ヨリ觀ルモ將タ又第二六一條ニ依レハ本條ノ規定ニ違反シタルトキハ單ニ過料ノ制裁ヲ付スルニ止マル點ヨリ觀ルモ登記前ニ開業準備ノ爲メニ爲シタル行為ハ無効ナルコトナシト解セサルヘカラス

(三) 會社カ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後六箇月内ニ開業ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其解散ヲ命スルコトヲ得會社カ設立セラレ本店所在地ニ於テ登記ヲ爲ストキハ第三者ニ對シ對抗力ヲ生シ又開業ノ準備ヲモ爲シ得ルニ至ルヲ以テ會社ハ此登記ヲ了シタル以上ハ速ニ開業ニ著手スベキナリ然ルニ登記後六箇月ヲ經過スルモ尙モ開業ヲ爲ササルニ於テハ社員ノ利益ナルハ勿論又世ヲ欺クモノナレハ此ノ如キ會社ハ之ヲ存續セシムルノ必要ナシ故ニ裁判所

ハ其權力ヲ以テ之ヲ解散シ得ルモノトセリ然レモ事情ニ依リテハ必スシモ六箇月内ニ開業ヲ爲スコト能ハサルゴトアリ例ヘハ開業ヲ爲スマラニ大ナル設備ヲ要スル事業ヲ目的トスルモノノ如キハ開業準備ノ爲メノミニテモ六箇月以上ヲ要スルコトアルヲ以テ此ノ如キ正當ノ事由アルトキハ其會社ノ請求ニ因リ右六箇月ノ期間ヲ延長スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ(四七條)但商法第九六條及ヒ私設鐵道會社ノ如キハ本條ノ例外ヲ爲スモノナリ(私設鐵道法三九條、四五條、四六條)

第四七條ニ依ル會社ノ解散及ヒ開業ノ延長ニ關スル裁判管轄及ヒ手續ハ非訟事件手續法第一二六條、第一三四條及ヒ第一三五條ニ規定セリ

第三節 不法會社ノ解散

茲ニ所謂不法會社トハ會社ノ目的カ初ヨリ不法ナル會社ヲ謂フニ非ス會社ノ目的カ其設立ノ初ヨリ不法ナル場合ニ於テハ此目的ヲ有スル定款ニ署名スル行為自身体カ既ニ民法第九〇條ノ規定ニ依リ無効ナルヲ以テ初ヨリシテ會社ノ成立スルコトナシ隨テ其會社ノ解散ナルコトアリ得ヘキ道理ナリ假令此ノ如キ團體カ會社ナル名稱ヲ附スルモ其實際ニ於テ會社ハ成立スルコトナク隨テ此ノ如キモノハ會社ト支配ヲ受クルコトナシ

然レニ會社ハ適法ノ目的ヲ以テ設立セラレタルニ拘ハラズ其營業執行ノ際ニ於テ不法ノ行為ヲ爲スコトナシトセシ例ヘハ印刷會社カ其業務ヲ利用シテ紙幣ノ偽造ヲ爲シ或ハ旅店營業ノ會社カ其娼屋ヲ男女密會ノ用ニ供スルカ如キ此等ノ行為ハ或ハ公ノ秩序ヲ紊シ又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノナルヲ以テ此ノ如キ會社ハ之ヲ存立セシムルニ於テハ社會ニ害毒ヲ流スヲ以テ裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職

權ヲ以テ其解散ヲ命スルコトヲ得ルモノトス
元來會社ハ法人ナルカ故ニ法令ノ規定ニ從ヒ定款ニ依リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ
義務ヲ負フヘキモノナルカ故ニ(民四三條)會社其レ自身ノ行為トシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反ス
ル行為ハ爲シ得サル所ナリ故ニ本條ノ場合ニ於ケル會社ノ行為ト云フハ實ハ業務ヲ執行スル者又ハ社
員ノ爲ス行為ナラサルヘカラス此等ノ社員ハ其不法ノ行為ニ因リ夫夫自己ニ責任ヲ負フヘキハ勿論ナ
リト雖モ會社ノ營業ヲ利用シテ不法ノ行為ヲ爲スニ至リテハ會社其モノノ存立ヲ止ムルニ非サレハ其
害毒ヲ防クコト能ハサルナリ是レ本條ニ特ニ明文ヲ設ケタル所以ナリ
第四八條ニ依ル會社解散ノ裁判管轄及ヒ其手續ハ非訟事件手續法第一二六條、第一三四條及ヒ第一三
五條ノ規定スル所ナリ

第二編 合名會社

第一章 合名會社ノ性質

合名會社ノ大要ノ意義ハ己ニ總論ニ於テ述ヘタリ本章ニ於テハ尙ホ其詳細ニ付テ説明スヘシ
我商法ハ獨逸商法ト異ナリ合名會社ノ意義ヲ定メタル特別ノ條文ヲ掲ケス然レトモ法文ノ全體ヨリ之
ヲ他ノ會社ト比較スルトキハ「合名會社ハ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ
社員各自連帶シテ辨濟ノ責ニ任スル會社ナリト謂フコトヲ得ヘシ即チ合名會社ハ其社員ノ全員カ會
社ノ債權者ニ對シ連帶無限ノ責任ヲ負フ會社ナリ故ニ社員中若シ無限ノ責任ヲ負ハサル者アルトキ
ハ其會社ハ之ヲ合名會社ト云フ能ハス然レトモ合名會社ニ於テ社員カ連帶無限ノ責任ヲ負フト云フハ

單ニ會社ノ債權者ニ對スルモノ即チ會社ノ外部ニ對スル關係ニ於テノミ云フモノニシテ會社ノ内部ノ
關係即チ會社ト社員及ヒ社員相互ノ間ニ於テハ毫モ關係ナキ所ナリ故ニ内部關係ニ於テハ社員ノ或者
カ無限ノ責任ヲ負ハサルコトヲ定ムルモ合名會社タルコトヲ妨ケス然レトモ社員相互ノ間ニ會社ノ債
權者ニ對シテ有限ノ責任ノミヲ負擔スヘキコトヲ定ムルモ第三者ニ對シテ效ナキハ勿論ナリ
又會社ハ或債權者ト契約シ其債權者ニ對シテハ社員カ連帶無限ノ責任ヲ負ハスト定メ又ハ極端ノ場合
ヲ言ヘハ會社ヲ代表スル社員ヲシテ總テ債權者ト契約スル場合ニハ有限ノ責任ノ契約ノミヲ爲サシム
ヘキ義務ヲ負ハシメタル場合ト雖モ又合名會社タル性質ヲ失ハス何トナレハ社員ハ尙ホ他ノ法律上ノ
原因ニ基キ連帶無限ノ責任ヲ負フヘケレハナリ例ヘハ不法行為ニ因ル會社ノ債務又ハ不當利得ニ因ル
會社ノ債務ニ付テハ依然無限ノ責任ヲ負フカ如シ

合名會社ハ會社ナルカ故ニ法人タル商人ナリ故ニ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ業トスルモノナリ(四條)會
社ノ商號ハ會社ナル法人ノ商號ニシテ之ヲ組織スル社員ノ共同ノ商號ニ非ス獨逸法ニ從ヘハ合名會社
ハ法人ニ非ス唯タ社員カ無限ノ責任ヲ負ヒツツ共同ノ商號ノ下ニ商行為ヲ業トスル社團タルニ過キス
故ニ獨逸ノ合名會社ニ於テハ會社ノ商號ハ社員ノ共同商號ナリ
次ニ如何ナル者カ合名會社ノ社員タリ得ルヤハ合名會社ノ如キ社員カ無限責任ヲ負フモノニ付テハ特
ニ重要ナル問題ナリ此點ニ付テハ我商法中特ニ明文ヲ以テ制限セラルモノナシ唯タ商法施行法第一
四三條、同第一三七條、民法施行法第二條、第三條ニ從ヘハ復權ヲ得サル破産者、家資分散者及ヒ身代限
ノ處分ヲ受ケテ未タ債務ヲ完済セサル者ハ合名會社ノ社員タルコトヲ得ス其他ノ者ニ付テハ何人ト雖
モ合名會社ノ社員タルコトヲ妨ケス唯タ商法第六九條ニ依レハ社員カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ

當然退社スルコトヲ爲レルヲ以テ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル者ハ社員タルコトヲ得サルカ如シト雖モ此規定ハ定款ノ定メ又ハ他ノ社員ノ同意ナキ場合ノミニ付テ規定シタルモノト解スヘキナリ何トナレハ禁治產者ト雖モ其後見人ニ依リテ法律行爲ヲ爲スコトヲ妨ケサレハナリ又未成年者及ヒ妻ニシテ無限責任社員タルコトヲ許サレタル者ハ合名會社ノ社員タリ得ルコトハ論ナシ然レトモ其以外ノ未成年者モ仍ホ後見人ニ依リテ社員ト爲ルコトヲ妨ケス其他ノ無能力者ニ付テモ何等合名會社ノ社員タルコトヲ禁スルモノナシ之ヲ要スルニ復權ヲ得サル破產者及ヒ之ニ準スヘキ者ノ外ハ何人ト雖モ合名會社ノ社員タルコトヲ得ルモノナリ

然ラハ法人ハ合名會社ノ社員タルコトヲ得ルヤヲ考フルニ法文ノ文字上ヨリ考フレハ第五〇條第三號ニ單ニ「社員ノ氏名、住所」トノミアリテ第三三條、第三三號第三五九條第二號、第四〇三條第二項第七號及ヒ第四四五條第三號及ヒ第四號ニ「氏名又ハ商號」トアルニ比較スレハ我商法ハ法人カ合名會社ノ社員タリ得ルコトヲ認メサルカ如シト雖モ一方ニ於テ株式會社ニ關スル規定ヲ見ルニ第五一條及ヒ第一七二條第一號等ニ株主ノ氏名又ハ住所トアルノミニシテ氏名又ハ商號ト記載セサルニ拘ハラス法人カ株式ヲ取得シテ株式會社ノ社員タリ得ルコトハ何人モ之ヲ認ムル所ニシテ又實際ニ其例少カラス故ニ此點ハ單ニ法文ノ上ヨリノミ論定スルコトヲ得ス法人ノ目的カ合名會社ノ社員タルコトヲ妨ケサル場合ニ於テ其社員タルハ毫モ妨ケナシト解釋セサルヘカラス例ヘハ旅店營業ノ法人カ他ノ大ナル旅店營業ノ會社社員タルカ如シ

獨逸法ノ合名會社ハ法人ニ非スシテ其社員カ共同ノ商號ノ下ニ商行爲ヲ業トスルモノナリトアルカ故ニ會社カ合名會社ノ社員タリ得ルヤ否ヤニ付テハ大ニ議論ノ存スル所ニシテ學者間未タ定論ナシ然レモ我商法ニ於テハ會社ハ法人ニシテ社員共同ノ商號ニ非サルカ故ニ此點ヨリ生スル獨逸法ニ於ケルカ如キ議論ヲ生スルコトナシ蓋シ若シ合名會社ノ商業ハ社員カ共同ノ商號ノ下ニ爲スモノトセハ社員タル會社ハ自己ノ商號ニ依リテ營業ヲ爲スモノト爲リ不都合ナリト雖モ我商法ニ於テハ會社ハ總テ法人ニシテ自己ノ商號ヲ以テ營業ヲ爲シ之ニ加入スル他ノ會社ハ唯タ其一社員タルニ過キサレハナリ

第二章 合名會社ノ設立

第一節 定款ノ作成

合名會社ヲ設立スルニハ定款ヲ作成スルコトヲ要ス(四九條)即チ合名會社ハ定款ヲ作成シタル時ニ於テ成立スルモノトス故ニ第五〇條ニ定メタル定款ノ要件ヲ具備シテ各社員ノ署名ヲ了シタル時ハ會社ハ之ニ依リテ當然成立ス合名會社ハ第五一條以下ニ規定セル所ニ依リテ一定ノ登記ヲ爲スコトヲ要スト雖モ已ニ述ヘタル如ク登記ハ會社設立ノ要件ニ非スシテ唯第三者ニ對シテ設立ノ對抗力ヲ生シ開業準備ヲ爲シ得ルカ爲メニ必要ナルノミ登記ナクモ合名會社ハ定款ノ作成ニ因リテ成立スルモノトス定款トハ法定ノ事項ヲ記載セル書面ニシテ會社設立者ノ署名セルモノナリ其記載事項ハ第五〇條ニ規定セル所ナリ合名會社ノ設立者ハ各社員ナルカ故ニ定款ニハ總社員ノ署名アルコトヲ要ス而シテ合名會社ヲ設立スルニハ定款ヲ作ルコトヲ要スルヲ以テ(四九條)其設立ニハ必ス書面アルコトヲ要ス單ニ社員カ口約ヲ以テ第五〇條ノ事項ヲ定ムルモ未タ會社ハ設立セラレス然レトモ定款ノ作成ニ依リ一タヒ會社カ成立セハ縱令定款ノ書面カ滅失スルモ會社ハ之カ爲メニ消滅スルコトナシ定款ナル書面ノ作成ハ設立ノ形式上ノ要件ニシテ其要件ヲ具備スレハ會社ハ實質上成立スルモノニシテ定款ニ依レル法

律行為ノ效力トシテ發生シタル會社ハ單ニ定款ナル書面カ滅失シタルカ爲メニ消失スヘキ理由ナシ
定款ナルモノハ通俗ノ觀念ヲ以テ言ヘハ會社ノ組織、其行動ヲ規定セル會社ノ規則ナリ商法カ定款ノ
記載事項トシテ要件トセサルモノハ第五〇條ニ掲グルカ如ク極メテ簡單ニシテ單ニ會社ノ組織ヲ定ム
ルニ必要ナル事項ニ過キス故ニ法律上ノ意義ニ於テ定款(合名會社ノ)ト云フトキハ前段ニ述ヘタル所
ニ依リテ盡セリ然レトモ實際ニ於ケル定款ノ意義ハ此ノ如キ單純ナルモノトニ非ス如何ナル會社ト雖モ
其定款ニ單ニ第五〇條ニ掲グル事項ノミヲ記載セルモノナク此等ノ記載事項ノ外ニ會社ノ活動ヲ支配
スヘキ規則ヲ設ケサルハナシ此點ハ法律ニ於テモ幾多ノ條項ヲ以テ豫想スル所ナリ例ヘハ合名會社ニ
付テハ第五四條、第五六條、第六一條、第六八條、第六九條第一號、第七一條、第七四條、第一號、第八五條
第一項ニ依レハ會社ノ定款ニハ諸般ノ規則ヲ定メ得ルコトヲ認メタリ此等ノ全體ノ法規ヨリ推セハ會
社ノ定款ナルモノハ會社ノ行動ヲ支配スル重要ナル規則ニシテ或場合ニハ法律ノ規定ニ先テ會社ノ
行動ヲ支配スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ玆ニ述ヘタル定款ノ觀念ハ通俗ノ意義ヲ述ヘタル
ニ外ナラス合名會社ノ定款トシテハ第五〇條ニ從ヘハ足ルモノニシテ此以外ニ何等ノ事項ヲ記載セ
トモ合名會社ハ之ニ依リテ成立ス而シテ此ノ如ク單純ナル定款ヲ作リタルトキハ會社ノ行動ハ全然民
法及ヒ商法ノ規定ニノミ從ヒテ支配サレ會社ノ行動ヲ支配スヘキ定款ノ規則ナルモノハ此場合ニハ存
在セサルナリ之ニ反シテ若シ定款カ第五〇條ニ規定セル要件ヲ具備セサルトキハ會社ハ全然成立セズ』
定款ノ法律上ノ性質ハ何ナリヤノ問題ハ學者間ニ議論ノ岐ル所ナリ或ハ定款ハ單ニ書面ナリト曰ヒ
或ハ法律行為ト曰ヒ又ハ規則ナリトスル者アリ我商法ハ第五〇條及ヒ其他ヲ以テ定款ニハ一定事項ヲ
記シ設立者カ之ニ署名スルコトヲ要スト規定セルカ故ニ定款ヲ以テ書面ナリトスル說ハ定款ナル文字

ノ見方ニ依リテハ我商法上毫モ誤リナキ所ナリト雖モ此ノ如キ見方ニ於テハ定款ノ性質ヲ法律上論ス
ルハ毫モ價值ナキモノナリ故ニ定款ノ法律上ノ性質論ハ會社ノ設立スル場合ニ定款ナル書面ニ依リテ
發現スル無形ノ意思表示ノ法律上ノ性質如何ト云フ點ニ付キ抽象的ニ研究スルニ非サレハ問題ト爲ス
ノ價值ナシ此點ヨリ論スレハ合名會社ノ定款ハ契約ナルコト疑ナシト雖モ其他ノ會社ニ付テハ多少疑
問ノ存スル所ナルヲ以テ本問題ハ各種會社ノ規定ヲ説明シタル後ニ讓ルヲ以テ便宜トスルカ故ニ玆ニ
之ヲ述ヘス又會社ノ設立行為如何ハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ或ハ契約ナリト曰ヒ或ハ單獨行
爲ナリト論スト雖モ此等モ亦各種ノ會社ニ付キ多少異ナル所アルヲ以テ後日ニ至リ説明スヘシト雖モ
合名會社ノ設立行為ハ前ニ述ヘタル如ク定款ノ作成ニ在ルモノニシテ定款ノ法律上ノ性質ハ契約ナル
カ故ニ合名會社ノ設立行為ハ契約ナルコト疑ナシ然レトモ之ヲ以テ直ニ會社其モノカ民法ノ組合ニ
於ケルカ如ク契約關係ナリト誤解スヘカラス定款ハ契約ナリト雖モ其效力トシテ發生シタル合名會社
ハ法律ノ規定ニ依リ別ニ法人ヲ成スモノニシテ會社其モノハ民法ノ組合ニ於ケルカ如キ契約關係ニ非
サルナリ

以下合名會社ノ定款ノ記載事項ニ付キ説明スヘシ
合名會社ノ定款ニハ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

一 目的 即チ會社ハ如何ナル營業ヲ爲スヤヲ記載セサルヘカラス蓋シ會社ハ法人ニシテ其目的ノ範
圍内ニ於テ法令及ヒ定款ノ規定ニ從ヒ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキモノナレハ之ヲ定款ニ記載スヘキ
ハ當然ナリ目的ハ如何ナル程度ニ於テ之ヲ記載スヘキヤハ明文ヲ以テ之ヲ規定セサレトモ第五〇條
ニ云フ目的ハ又第五一條ニ掲グル登記事項ノ會社ノ目的ト同一意義ナリト解釋セサルヘカサルカ

故ニ少クトモ第三者ニ對シテ會社ハ如何ナル營業ヲ爲スヤヲ明カナラシムル程度ニ於テ之ヲ記載セサルヘカラス獨逸商法第一八二條株式會社ノ定款ノ記載事項ノ規定中會社ノ目的ナル文字ハ我商法ト異ナル所ナシ而シテ之ニ關スル學者ノ解釋ハ二様ニ別レ一ハ目的ヲ明細ニ示ササルヘカラストシ隨テ單ニ「商工業」ト云フカ如キハ無効ナリト論シ一ハ目的ハ必スシモ精細ナルコトヲ要セスト主張ス而シテ實際ニ於テハ後説行ハル其例ヲ示セハ獨逸國立銀行、諸般ノ商業、諸種ノ銀行及ヒ商業、伯林建築株式會社ト云フカ如シ

我商法ニ於テモ亦獨逸ト同シク目的ナル文字ニ何等ノ制限ナキヲ以テ必スシモ精密ニ記載スルヲ要セスト雖モ少クモ謂第三者ヲシテ會社ハ何ヲ目的トスルヤヲ知ラシムル程度ニ於テ記載セサルヘカラサルコトト信ス

二 商號 ハ會社ノ人格ヲ表示スル名稱ナルヲ以テ又之ヲ定款ニ掲ケサルヘカラス而シテ合名會社ノ商號ニハ必ス合名會社ナル文字ヲ使用セサルヘカラス(一七條)

三 社員ノ氏名住所 合名會社ニ於テハ社員ハ總テ第三者ニ對シテ連帶無限ノ責任ヲ負フカ故ニ總社員ノ氏名、住所ヲ定款ニ掲ケルコトヲ要ス本條ニハ法人カ社員タルトキニハ氏名ナキヲ以テ其商號ヲ記載セサルヘカラス

四 本店及ヒ支店ノ所在地 即チ本店及ヒ支店アル最小行政區劃ヲ謂フ例ヘハ東京市ト云フカ如シ第五一條ニ云フ登記事項ノ本店及ヒ支店ト云フハ即チ本店及ヒ支店アル場所ヲ謂フモノニシテ何町何番地ト云フカ如シ然ルニ本條ニ於テ本店及ヒ支店ノ所在地ト云フトキハ唯タ最小ノ行政區劃ヲ記スレハ足ルモノニシテ何町何番地ト云フカ如ク場所ヲ意味スルモノニ非ス

五 社員ノ出資ノ種類及ヒ價格又ハ評價ノ標準 合名會社ノ社員ハ金錢其他ノ財産ヲ以テ出資ト爲シ得ルノミナラス勞務又ハ信用ヲ以テ出資ト爲シ得ルヲ以テ(七一條)其如何ナル種類ノ出資ヲ爲シタルヤ其價格又ハ勞務信用ノ如キ直チニ價格ヲ附シ得サルモノニ付テハ其評價ノ標準ヲ規定セサルヘカラス

以上ノ事項ヲ記載シテ各社員之ニ署名スレハ即チ定款ハ完全ニ作成セラレテ合名會社ハ之ニ依リテ成立ス署名ハ法人ニ於テハ其代表者之ヲ爲シ未成年者及ヒ禁治產者ニ在リテハ後見人代ハリテ之ヲ爲ス但シ署名ハ記名捺印ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ルハ明治三十三年法律第一七號ヲ以テ定ムル所ナリ

第二節 設定及ヒ其他ノ登記

合名會社ハ定款ノ作成ニ依リテ設定セラルト雖モ會社ノ成立ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ本店ノ所在地ニ於テ設立ノ登記ヲ要スルコト前已ニ述ヘタリ此必要ニ基クハ勿論其他ノ必要ニ基キ會社ハ一定ノ登記ヲ爲シ第三者ヲシテ一定ノ事項ヲ知ラシメサルヘカラス即チ商法第五一條乃至第五三條ヲ以テ之ヲ規定セリ

會社ハ定款ヲ作リタル日ヨリ二週間内ニ其本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ左ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス(第五一條)

一 第五〇條第一號乃至第三號ニ掲ケタル事項即チ目的、商號、社員ノ住所、氏名、本店及ヒ支店、茲ニ本店及ヒ支店ト云フハ第五〇條ニ本店及ヒ支店ノ所在地トハ異ナリ何町何番地ト云フカ如ク其所在ノ場所ヲ記載セサルヘカラス

三、設立ノ年月日、即チ定款作成ノ年月日ナリ
 四、存立時期又ハ解散ノ事由ヲ定メタルトキハ、其時期又ハ事由、會社ハ一定ノ存立時期ヲ定メ得ヘク其時期ヲ定メタルトキハ會社ハ其時期ノ滿了ニ因リテ解散ス其定款ヲ以テ一定ノ解散ノ事由ヲ定ムルコトヲ得故ニ之ヲ定メタルトキハ之ヲ登記スルヲ要ス(七四條一號)
 五、社員ノ出資ノ種類及ヒ財産ヲ目的トスル出資ノ價格、即チ勞務又ハ信用ノ出資及ヒ其價格ノ標準ハ定款ノ必要事項ナレトモ登記ハ之ヲ要セス是レ縱令登記スルモ第三者ノ債權ヲ擔保スル上ニ於テ何等ノ效ナキナリ蓋シ登記ハ第三者ノ爲メニ爲スモノニシテ第三者ハ信用又ハ勞務ヲ以テ自

己ノ債權ヲ擔保シ得サレハナリ

六、會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メタルトキハ、其氏名、合名會社ニ於テハ各社員會社ヲ代表シ得ルモノナレトモ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ特ニ會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メタルトキハ其者又ケ會社ヲ代表シ得ルモノナルカ故ニ之ヲ登記スルコトヲ要ス(六一條)

以上ノ事項ハ本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキモノナルモ會社ノ設立ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ本店ノ分次ケアレハ足ルモノトス然ルニ會社カ設立ノ後支店ヲ設ケタルトキハ其支店ノ所在地ニ於テハ二週間に以上ニ掲ケタル登記ヲ爲シ本店及ヒ他ノ支店ノ所在地ニ於テハ同期間内ニ其支店ヲ設ケタルコトヲ登記スレハ足レリ(五一條二項)又本店又ハ支店ヲ管轄スル登記所ノ管轄區域内ニ於テ新ニ支店ヲ設ケタルトキハ其支店ヲ設ケタルコトノミヲ登記スレハ足ルモノトス(五一條三項)

會社カ其本店又ハ支店ヲ移轉シタルトキハ舊所在地ニ於テハ二週間に移轉ノ登記ヲ爲シ新所在地ニ於テハ同期間内ニ前ニ掲ケタル事項ヲ登記スルコトヲ要ス若シ同一ノ登記所ノ管轄區域内ニ於テ本店

又ハ支店ヲ移轉シタルトキハ其移轉ノミノ登記ヲ爲セハ足ルモノトス(五一條)

前ニ掲ケタル登記事項中ニ變更ヲ生シタルトキハ二週間に本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ爲スコトヲ要ス(五三條)然ラハ本條ニハ行政區劃又ハ其名稱ノ變更アリタルカ如キ場合アリモ包含スルヤ否ヤ此點ニ付テハ不動産登記法第五九條ニハ明文ヲ以テ行政區劃又ハ其名稱ニ變更アリタルトキハ登記簿ニ記載シタル行政區劃又ハ其名稱ハ當然之ヲ變シタルモノト看做スト規定セルカ故ニ申謂ニ依リテ之ヲ變更スルノ手續ヲ要セスト雖モ本條ニハ之ニ類スヘキ規定ナシ大審院ハ本條ヲ狹義ニ解釋シ本條ノ事項ト云フハ單ニ事項ノ實質其モノノ變更ニシテ名稱ノ變更ノ如キハ之ヲ包含セスト判決セリ(三三年イ)一九號、三四年二月判決)然レトモ本判決ハ單ニ名稱ノ變更アリタル場合ニ付キ下シタルモノナルカ故ニ尙ホ行政區劃ノ變更アリタル場合ハ疑問トシテ存スル所ナレトモ是レ亦同様に解釋シ變更ノ申請ヲ要ストスルヲ穩當トス

第三章 會社ノ内部ノ關係

本章ニ於テハ商法第五四條乃至第六〇條ニ規定セル事項ニ付キ説明スヘシ會社ノ内部ノ關係トハ會社ト社員トノ關係及ヒ社員相互ノ間ノ關係ヲ謂フモノニシテ所謂外部ノ關係ニ對スルモノナリ即チ一社員ニ對スル出資義務(二)損益ノ分配(三)會社ノ業務ノ執行(四)競業ノ禁止(五)持分ノ處分等ニ關スル法律關係ヲ謂フモノニシテ此等ハ皆會社内部ノ事項ニ屬シ會社ノ外部ニ對スル事項ニ非ス

先ツ第一ニ説明スヘキハ會社ノ内部ノ關係ヲ支配スル規則ハ如何ナリヤト云フ點ナリ第五四條ニ從ハ會社ノ内部ノ關係ニ付テハ定款又ハ本法ニ別段ノ定ナキトキハ組合ニ關スル民法ノ規定ヲ準用スヘ

キコトヲ定メタリ故ニ會社ノ内部關係ニ付テ第一ニ適用アル規則ハ其會社ノ定款ノ規定ナリ合名會社ハ前ニ述ヘタルカ如ク實際互ニ相信用セル少數者ノ結合ナルカ故ニ其社員ノ總意ニ重キヲ置クモノニシテ會社ノ内部ノ關係ノ如キ直接ニ會社ノ債權カ第三者ニ對シ利害關係ヲ及ハササルモノニ付テハ定款ノ規定ニ從フトスルハ當然ナリ故ニ定款ノ規定ヲ以テ第一位ニ置ケリ此ノ如キ合名會社ニ在リテハ内部關係ヲ定ムル上ニハ定款ハ最優等ナルモノナルカ故ニ或ハ一定ノ社員ハ第三者ニ對シテハ出資額以上ニ債務ヲ負擔セス其以上ノモノハ他ノ社員ヲシテ之ヲ補償セシムト定メ又ハ利益ノ分配ニ與ルモ一切損失ヲ分擔セスト定ムルコトヲ得ルモノナリ第二ニ適用アルハ即チ商法カ特ニ定メタル規定ニシテ補充的ニ適用セラル第三ニ適用アルハ民法ノ組合ニ關スル規定是ナリ故ニ定款ノ定メモノナク商法ニモ規定ナキ事項ニ付テハ民法ノ組合ニ關スル規定ニ從ヒテ會社ノ内部關係ヲ定メサルヘカラス例ヘハ社員間ノ損益分配ノ割合ニ關シテハ商法中特ニ明文ヲ設ケス故ニ定款ニ於テモ之ヲ定メサル場合ニハ民法第六七四條ニ依リテ其割合ヲ定メサルヘカサルカ如シ

第一節 出資

(一) 出資ノ義務 合名會社ノ社員ハ各出資ヲ爲ス義務ヲ負擔ス(五〇條五號、五一條、五五條、七一條、民六六七條)我商法ハ第四二條ヲ以テ一般ニ會社ナルモノノ意義ヲ定メタリト雖モ本條ニハ各社員カ出資ヲ爲スコトヲ以テ會社ノ性質ニ必要ナルモノトシタルヤ否ヤヲ明言セスト雖モ「商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立ス」ト云フ以上ハ各社員カ出資ヲ爲スヘキハ當然ナリ何トナレハ出資ヲ爲スシテ商業ヲ營ムヘキ道理ナケレハナリ尙ホ前記條項ヲ見レハ合名會社ニ於テハ各社員ハ出資ヲ爲ス

商法商行爲(自第一章至第九章)

法學士 田坂友吉 講述

第三編 商行爲

第一章 總則

商法ハ商ニ關スル法規ニシテ商事ニ付キ其適用ヲ爲スモノナリ(一條)商事ノ何タルヤハ第一編總則ノ講義ニ於テ説明シタルモ要スルニ商行爲及ヒ商人ニ關スル事項ト解シテ可ナリ商法全編ノ規定ハ商行爲ニ關スルモノノ外尙ホ商人ニ關スルモノアリテ商行爲ハ畢竟商法規定ノ一部分タルニ過キス然レトモ此商行爲ハ商法ノ規定事項中最モ重要ノモノナルコトニ注意スヘシ商行爲ハ我現行商法立法ノ基礎ヲ爲スモノニシテ之ヲ骨髄トシテ各種ノ規定カ組織セラル其詳細ハ後ノ説明ヲ俟テ了解スヘキモ茲ニ其概要ヲ言ヘハ我商法ハ先ツ商行爲ヲ制限的ニ列舉シテ其意義ヲ確定シ以テ行爲ニ關スル商法ノ適用範圍ヲ明カニスルト同時ニ此商行爲ヲ基礎トシテ商人ノ意義ヲ定メ商人トハ商行爲ヲ業トスル者ヲ謂フト定義シテ(四條)以テ商法中特ニ商人ニ關シテ存スル規定ノ意義ヲ明カニセリ故ニ或行爲ニ付キ商法カ適用セラルヘキヤ否ヤヲ定ムルニハ特ニ商法カ其行爲ノ主格カ商人タルコトヲ必要條件ト定メタ

ル場合ハ格別ナレトモ然ラサル一般ノ場合ニ在リテハ之ヲ行フ者ノ商人タルト非商人タルト問ハス
唯タ其行為カ商法ノ規定上商行為ト名クルモノニ該當スルヤ否ヤヲ判定スレハ足レリ又商人ニ關シテ
特ニ存スル規定ニ付テモ元來商人ト非商人トノ區別カ唯タ商行為ヲ業トシテ行フト然ラズシテ箇箇ニ
商行為ヲ爲スト云フニ過キサルヲ以テ此點ニ著眼シテ商人ヲ非商人ヨリ區別セハ容易ニ商人ニ關スル
適用ヲ明カニシ得ヘキナリ要スルニ商法ノ規定事項ハ商人ニ關スルモノト商行為ニ關スルモノトノ二
様アリト云フモ其商人タルヤ商行為ノ觀念ヲ離レテハ到底其意義ヲ明カニシ得サルヲ以テ商法全體ノ
規定ハ歸スル所商行為ノ何タルヤヲ明カニシテ始メテ其意義ヲ了解シ得ルモノト謂ハサルヘカラス故
ニ現行法ヲ研究スルニハ各部ノ研究ニ先チ商行為ノ觀念ヲ十分ニ會得スルコト肝要ナリ

第一節 商行為ノ意義

商行為ノ意義ヲ抽象的ニ確定スルハ殆ト不可能ノ事タリ從來一二ノ商法典ニ之カ定義ニ類スル規定ヲ
掲ケタルモノナキニ非ス「西班牙商法」ハ本法ニ定ムル行為爲其他同様に性質ヲ有スル行為ハ商行為ト推
定ス」規定シ「葡萄牙商法」ハ本法ニ掲ケタル行為爲其他商人ノ總テノ契約及ヒ債務ニシテ全然民事上
ノ性質ヲ帶ハサルモノハ其行為自身ヨリ反對ノ理由生セサル限りハ之ヲ商行為ト看做ス」掲ケ尙ホ
我舊商法第三條ヲ參照セハ商取引即チ商行為ノ定義ヲ發見シ得ヘク殊ニ奇妙ナルハ舊商法ハ一方ニ於
テ定義ヲ掲ケナカラ他方ニ於テ(同法四條、五條)更ニ其商取引タル然ラサルモノトヲ例示セリ或ハ
「同樣ノ性質ヲ有スル行為」ト云ヒ「民事上ノ性質ヲ帶ハサル行為」ト云フ定義ヲ與ヘテ更ニ詳細ナル例
示ノ規定ヲ爲スカ如キ何レモ皆其れ自身ニ於テ未タ商法適用ノ範圍ヲ明カニシ得サルノ缺點ヲ自シ

居レリ故ニ最大多數ノ立法例ニ於テハ法典ニ定義ヲ掲ケス一商行為ト看做スヘキ行為ヲ制限的ニ列
舉シテ商行為ノ何タルヤヲ示スカ然ラサルモ商業ノ意義ヲ確定スヘキ基礎タル行為ノ種類ヲ列舉シテ
間接ニ商行為タルヘキモノヲ定メ以テ商法適用ノ範圍ヲ明確ナラシメタリ勿論若シ能フヘケンハ商行
爲ノ意義ニ付キ概括的ニ一定ノ斷案ヲ下シ之ニ萬般ノ商現象ヲ網羅セシムルコトハ實ニ商法ノ編纂上
最モ其必要ヲ感スルノミナラス複雑ナル各種ノ商行為ニ關スル規定ヲ一定不動ノ根據ニ基キテ解釋シ
得爲メニ多大ノ便益アルハ言フヲ俟タズ列舉主義ノ起ルハ畢竟此ノ如ク抽象的ニ遺憾ナク商行為ノ性
質ヲ發揮シ得サルニ基キ其結果ハ自然必要ナル事項ヲ脫漏シ然ラサルモ將來益々發達セントスル商
新現象ニ對シ之ニ應ジテ規定ヲ自由ニ伸縮シ得サルノ不便アリ然レトモ此列舉主義ハ又一面ニ於テ大
ナル效益ヲ與ヘ居レリ此主義ハ商行為ノ何タルヤヲ形式的ニ定メテ其範圍ヲ明確ナラシムルニ在ルヲ
以テ從來商行為ノ意義ノ不明ナルヨリ屢、商法ノ適用ニ關シタル各種ノ疑問ハ之ニ依テ一掃セラルル
コトト爲リ殊ニ前ニ一言セル如ク商行為ヲ骨髓トシ之ニ基キ各種ノ規定ヲ爲セル立法ニ在リテハ一層
此列舉主義ノ必要ヲ感スルナリ

列舉主義ヲ採用セル立法ニ在リテモ其規定スル事項ノ一樣ナラサルハ勿論等ク列舉事項ト云フモノ之ヲ
以テ直チニ商行為ヲ定ムルモノト又之ニ基キテ先ツ商業、商人ノ意義ヲ確定シ次チ商行為ヲ定メント
スルモノトアリ大別セハ之ニ關シ三種ノ主義存スルナリ

第一ハ主觀主義ト稱スルモノニシテ商人ニ重キヲ置キ商人ノ側面ヨリ觀察シテ商行為ノ意義ヲ定ムル
主義ナリ勿論商人ノ側面ヨリ觀察スト云フモ其商人タルヤ畢竟列舉事項ヲ基礎トシテ其意義定マル即
チ商法典ニ一定ノ行為ヲ列舉シ之ヲ目的トスル各種ノ營業ヲ商業ト爲シ商業ヲ行フ者ヲ商人ト謂ヒ商

人ノ其商業ニ屬スル總テノ行為ヲ以テ商行為ト爲スノ主義ナリ是レ獨逸新商法ノ採用シタル所ナリ此主義ニ在リテハ商行為ノ主體タリ得ヘキ者ハ商人ニ限ラレ商法ハ獨リ商人ニ適用セラレテ唯タ我商法第三條ニ規定セラルル如キ特別ノ場合ヲ除ク外ハ決シテ非商人ニ及フコトナシ其主義ハ其由來スル所古ク彼ノ中古時代封建制度ノ特色トシテ見ルヘキ現象即チ社會ニ種種ノ階級存在シテ商人ニモ亦商人ト云フ特別ノ階級カ認めラレタル當時ニ於テ其商人カ自ラ立法シ自ラ裁判ヲ爲シタル結果所謂商法ナルモノハ唯タ商人團體ノミニ適用セラレヘキ法律ニシテ商行為ト云ヘハ商人ノ行為ニ限ラレタル此在時ノ遺想カ即チ此主義ノ根源ヲ爲セリ尤モ彼ト此トハ商人ト云フ主義カ全ク別箇ノ觀念ニ基クノ差アルハ勿論ナリ

第二ハ客觀主義ニシテ商行為其モノニ重キヲ置キ其本質ヨリ觀察シテ商行為ノ意義ヲ定ムル主義ナリ此主義ハ其行為ヲ營業トシテ行フト否トヲ問ハス即チ其行為ノ主體カ商人タルヲ必要トセス唯タ行為自身ヲ客觀的ニ觀察シテ商行為ト認ムルモノヲ列舉シ之ニ依テ商法適用ノ區域ヲ定ムルモノナリ換言セハ此主義ハ苟モ其列舉事項ニ該當スル行為ハ之ヲ行フ者ノ商人タルト非商人タルトヲ問ハス均ク之ニ商法ヲ適用セントスルモノニシテ全ク商人、非商人ノ區別ノ存在ヲ非認スルモノナリ此純粹ナル意ニ於ケル客觀主義ハ餘リ極端ニ馳セテ商ノ實際ニ適セス絶對ニ商行為タル性質ヲ有スル行為アルハ勿論ナレトモ行為中ニハ又營業的ニ之ヲ行フ場合ニ於テ始テ商行為タル性質ヲ有セシムルヲ至當トスルモノアルハ現今ニ於ケル世上ノ實情ナリ於是乎第三ノ主義ヲ生シ之ヲ盛ニ立法上ニ歡迎セララルナリ第三ハ折衷主義ニシテ右主觀主義ト客觀主義トヲ折衷シタルモノナリ此主義ハ一面ニ於テ或種類ノ行為ハ之ヲ營業トシテ行フ場合ニ於テ始メテ商行為ノ性質ヲ帶フルモノトシ他面ニ於テ或種類ノ行為ハ

之ヲ營業トシテ行フト否トヲ問ハス之ヲ商行為ト認ムルモノナリ換言スレバ商行為ハ商人ノ行為ナラサルヘカラスト觀念スル主義ト全ク商人ト非商人トノ區別ヲ無視シテ絶對ニ商行為ヲ定ムル主義トノ其兩極端ノ中間ニ立チテ商法ノ適用事項ヲ商人ノミニ適用スルモノト商人ニモ非商人ニモ適用スルモノトノ兩様ヲ定メタルモノナリ此折衷主義ハ現今多數ノ商法典ニ採用セララルモノニシテ我現行商法モ亦此主義ニ則リテ立法セラレタリ固ヨリ此主義ヲ採用スル立法ニ在リテモ各其國狀ノ異ナルヨリ或ハ主觀主義ヲ主トシ或ハ客觀主義ニ重キヲ置キ各其規定ノ内容ヲ一ニセサルハ言フヲ俟タス

以上説明セル如ク主觀主義ハ商人ノ商業ニ屬スル總テノ行為ヲ商行為ト認ムルヲ以テ之ニ基ク立法ニ在リテハ商人ノ商業トシテ行フ行為ハ勿論商人カ其商業ニ附屬シテ爲ス行為モ亦商行為トシテ商法ノ適用ヲ受クルニ至ル然レトモ折衷主義ノ立法ニ在リテハ商行為ハ絶對的ニ商行為ノ性質ヲ有スルモノト營業ノ觀念ヲ加味シテ始メテ商行為ノ性質ヲ享クルニ至ルモノトノ列舉事項ニ依リテ其意義ヲ定マルヲ以テ此二種ノ行為以外ニ商人カ其營業ニ附屬シテ爲ス行為ヲモ仍ホ商法ニ依リテ規律セントスルニハ勢ヒ之ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケサルヘカラス我現行法カ第二六三條及第二六四條ニ商行為タルモノヲ列舉シ第二六五條ニ於テ特ニ「商人カ其營業ノ爲メニスル行為ハ之ヲ商行為トス」ト規定シタルハ全ク此趣旨ニ基ケルナリ

要スルニ商行為ノ實質ヲ明カニシテ之カ概念ヲ確定シ之ニ基キテ各種ノ商行為ニ基ク規定ヲ編纂シ且之ヲ解釋スルハ最モ其必要ヲ感スル所ナリト雖モ複雜ナル商現象ニ對シテ其概念ヲ確定スルハ極メテ困難ナルヲ以テ終ニ斯ル列舉主義ノ立法ヲ見ルニ至レリ此ノ如ク商法ニ於テ一旦列舉主義ヲ採用セル以上ハ我現行法ノ解釋トシテハ寧ロ商行為ヲ形式的ニ觀察シテ此列舉事項ニ付キ其意義及ヒ範圍ヲ定

ムルヲ至當トスルカ故ニ是ヨリ直チニ其列舉事項タル第二六三條以下ノ規定ニ就キ順次詳細ノ説明ヲ與ヘント欲ス

第一 客觀的商行為(絕對的商行為) 客觀的商行為トハ、行爲其レ自體ニ於テ當然、商行爲ト觀念セラルヘキモノニシテ之ヲ營業トシテ行フト箇箇ニ行フトニ關係ナク絕對ニ商行爲タル性質ヲ有スルモノナリ第二六三條第一號乃至第四號ニ列舉セラルル四種ノ行爲之ニ屬ス

(一)「利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル動產、不動產若クハ有價證券ノ有價取得又ハ其取得シタルモノノ讓渡ヲ目的トスル行爲」(二六三條一號) 商ノ本來ノ性質ハ供給者ト需用者トノ間ニ立チテ貨物轉換ノ媒介ヲ爲シ其間ニ利益ヲ獲得セントスルニ在リ今日ニ於テハ商ノ種類頗ル多ク其範圍廣シト雖モ其發達ノ歴史ハ賣買、交換等ノ如キ貨物ノ轉換ヲ直接ノ目的トスル行爲ニ始マリタルコトハ第一編總則ノ講義ニ於テ知悉セラレタルヘシ本號ハ此種ノ行爲ニ關スル規定ナリ其前段ハ先ツ商行爲者カ供給者ヨリ貨物ヲ取得スル場合ニ係リ普通投機購買ト稱セラルルモノ又後段ノ規定ハ其取得シタル貨物ヲ需用者ニ移轉スル場合ニシテ即チ媒介ノ目的ヲ實行スル行爲ナリ

(甲) 前段ノ規定ニ依ル商行爲 此規定ノ主眼トスル所ハ賣買、交換等ニ因リテ貨物ヲ取得スト云フニ在レトモ其取得スル目的ニ一定ノ制限ヲ付シ且其目的物ヲ取得スル法律行爲ヲ有價ノ場合ニ限り尙ホ取得行爲ヲ爲スニ付キ一定ノ意思ノ存在ヲ必要ト爲セル所最モ注意ヲ要スル點ナリ以下此二點ニ付キ項ヲ分チテ説明スヘシ

(イ) 取得ノ目的ハ動產、不動產若クハ有價證券ナルコト 取得ノ目的ハ有價物ナルヲ本則トシ之ニ有價證券トテ即チ權利カ證券ニ化體シテ證券即チ權利ナルカ如キ觀アル一種ノ證券ヲモ其目的トスルヲ妨

ケストシタルナリ正確ニ言ヘハ行爲ノ目的ハ先ツ物ノ所有權トシテ所有權以外ノ權利ハ只タ其權利カ一種ノ特質ヲ有スル證券ニ表彰セラレテ恰モ有體ノモノト爲リタル觀アルモノニ限り之ヲ目的ト爲スコトヲ許シタリ

動產、不動產ニ付テハ特ニ茲ニ説明スヘキモノナシ唯タ注目スヘキハ不動產ニ關シテハ我現行法ト外國法トノ間ニ立法上ノ相違アルコト是ナリ現行商法ハ此ノ如キ本號ト次條第一號トニ於テ商ノ目的トシテ不動產ヲ認ムト雖モ外國法ハ之ヲ商品ト認メサルモノ多シ其理由トスル所竝ニ近世立法ノ趨勢如何ハ第一編總則ノ説明ヲ參照スヘシ

有價證券ニ付テハ少シク説明ヲ要スルモノアリ先ツ普通ノ證券ニ在リテハ其證券ハ單ニ權利ノ存在ヲ證明スル材料タルニ止マリ他ニハ別ニ作用力ヲ有スルコトナシト雖モ此有價證券ニ在リテハ其證券ノ權利ニ對スル關係ハ此ノ如キ單純ナルモノニ非ス相互ノ間ニハ一層密接ナル關係存在ス之ヲ通俗ニ説明スレハ先ニ一言セシカ如ク權利カ證券ニ化體シテ證券其レ自體ニ或價格ノ存在スルモノト謂フコトヲ得固ヨリ證券其モノハ如何ニ其權利ト密接ナル關係ヲ有ストスルモ其本來ノ性質タルヤ畢竟權利存在ノ證明ノ具タリト觀念スルヨリ外ナキヲ以テ斯ル説明ハ證券其モノト之ニ表彰セラルル權利又ハ其目的タル商品若クハ金錢トヲ混同スル語弊アリテ未タ以テ法律上ノ説明ト爲スニ足ラス之ヲ法理的ニ説明スレハ先ツ有價證券トハ證券ニ表彰セラルル權利ヲ利用スルニ付キ其證券ノ占有ヲ必要トスルモノナリト解シテ可ナリ即チ普通ノ證券ニ依リテ其存在ヲ證明セラルル權利ハ其證券ヲ離レテ隨意ニ之ヲ利用シ得ヘシト雖モ有價證券ニ在リテハ然ラス之ニ表彰セラルル權利ハ其證券ト其ニスルニ非サレハ之ヲ利用シ得サルカ如キ一種ノ關係カ其證券ト權利トノ間ニ存在スルナリ尤モ有價證券タルニハ其

權利ノ總テノ利用ニ付キ絕對ニ證券ノ占有カ必要ナリト云フハ多少語弊ナキニ非ス然レトモ少クトモ其權利ノ移轉ト證券ノ占有トハ常ニ密著シテ離ルヘカサル關係ニ在リ此種ノ證券ニシテ最モ其特質ヲ發揮セルモノハ手形ナリ手形ハ管ニ其權利ノ總テノ利用ニ付キ證券ノ占有ヲ要スルノミナラス尙ホ進テ其權利ノ發生ニ付テモ又手形ト云フ一ノ形式ヲ有スル證券カ作成セラルルコトヲ必要トス記名株券ノ如キハ其權利即チ株主權ノ成立ニ付テハ株券作成ノ必要ナク又其總テノ利用ニ付キ必スモ證券ノ占有ヲ必要トセサルモ其移轉ハ常ニ株券ニ依リテ爲サレサルヘカラス其他私人ノ發行スルモノニ在リテハ貨物引換證券、船荷證券、倉庫證券、如キ其權利ヲ讓渡シ又ハ執行スルニハ常ニ其證券ニ依ルコトヲ要シ所謂有價證券ノ重ナルモノナリ尙ホ國家又ハ公共團體ニ依リテ發行セラルル公債證書、大藏省證券、國庫債券、府縣、市町村ノ債券等モ亦然リ茲ニ注意スヘキハ無記名證券ナリ無記名證券ハ其證券ノ所持人ヲ以テ權利者ト認ムルモノニシテ權利ノ移轉ハ唯タ其證券ノ引渡ノミニ因リテ行ハレ所謂有價證券ノ主タルモノナレトモ民法第八六條第三項ハ無記名債券ヲ以テ動產ト看做シタルカ故ニ此種ノ有價證券ハ之本號ノ動產中ニ含メテ觀察シテ可ナリ

取得ハ有價行爲ニ因ルコト 法文ニ所謂「有價取得」トハ有價ノ法律行爲ニ因リテ所有權ヲ取得スルノ意味ヲ有シ隨テ有價行爲ニ基カサルモノ又ハ有價行爲ニ因ルモ所有權ノ移轉ヲ目的トセサルモノハ皆此内ニ包含セラレタルナリ先ツ有價行爲ニ付テ言ヘハ有價行爲トハ其行爲ニ因リテ或利益ヲ得ル代價トシテ或出捐ヲ爲ス法律行爲ナリ即チ代價ヲ出スコト及ヒ法律行爲ナルコトノ二點ニ注意スルヲ要ス第一ニ法律行爲ニ基キ取得スルコトヲ要スルカ故ニ狩獵、漁業、採藻、採礦業ノ如キ原始的取得又ハ農作、造林、牧畜ノ如キ生産行爲ニ因ル取得ハ此中ニ入ラス此等ノ取得ハ縱令其目的カ他日利益ヲ得

テ之ヲ他人ニ讓渡サントスルニ在ル場合ト雖モ之ヲ稱シテ商ト謂フヲ得ス商ハ生産ト消費トヲ結合スル媒介行爲タラサルヘカラス自ラ生産シテ他人ノ需用ニ應セントスルカ如キハ少クトモ現今ノ思想ヨリ言ヘハ商ノ觀念ト一致セサル所ナリ次ニ利益ヲ得ルニ代ヘ出捐ヲ爲スヲ要スルカ故ニ相續、贈與、遺贈等ニ因リ代價ヲ出サスシテ取得スル場合モ亦本號規定ノ範圍外ト知ルヘシ此等ノ無價行爲ハ民事取引ニ於テハ頗ル頻繁ニ行ハル所ナルモ經濟的商ノ範圍ニ於テハ殆ト想像シ得ヘカサルコトタリ第二ニ右ノ有價行爲ハ所有權ノ取得ヲ目的トスルコトヲ要スルカ故ニ其行爲ノ範圍ハ自然賣買、交換、消費貸借、不規則寄託等ノ如キ所有權ノ取得ヲ目的トスル行爲ノミニ限ラレ然ラサルモノ例ヘハ貸貸借、使用貸借、寄託等ノ行爲ハ之ヨリ除外セラル或立法例ニ於テハ茲ニ所謂有價取得ヲ單ニ賣買ニ限リ或ハ賣買ト交換トニ限リタルモノアリ我商法ニ於テモ其實際ノ適用ハ主トシテ賣買ニ在ルヘキハ勿論ナレトモ所有權ノ取得ヲ目的トスル有價行爲ハ敢テ賣買ニ限ラレサルコト前述セルカ如クニシテ而モ何レノ名義ニ基テ取得ニテモ其取得カ他日之ヲ他人ニ移シテ利益ヲ得ントノ意思ニ出テタル以上ハ敢テ取得名義ノ如何ヲ問フノ必要ナキヲ以テ我商法ハ總テノ場合ヲ包含シテ商行為タラシメンカ爲メ茲ニ「有價取得」ナル文字ヲ用ヒタリ

ハ利益ヲ得テ他人ニ讓渡ス意思アルコト 一方ヨリ取得シテ他方ニ讓渡ス間ニ於テ物價ノ騰貴ヲ俸シテ利益ヲ獲得セントスルハ商ノ本來ノ希望タリ此希望ヲ以テ取得スルカ故ニ此種ノ有價取得ヲ人ハ稱シテ投機購買ト云フナリ賣買、交換等ノ行爲カ殊ニ媒介行爲ノ性質ヲ有スルニ至リ以テ商行為トシテ普通ノ賣買ヨリ區別セラルルハ全ク其行爲ノ當初ニ斯ル意思ノ存在スルニ由ル故ニ此意思ノ存在ハ絕對ニ必要ナリ然レトモ敢テ其實行カ之ニ伴フヲ要セス詳言セハ取得ノ當初ニ於テ此意思ナカリシ

トキ例ハ其取得ノ目的カ單ニ蓄財ノ利殖ヲ計ルニ出テ又ハ其取得物ヲ自ラ消費セントスルニ在ル場
合ニハ他日實際利益ヲ得テ之ヲ他ニ讓渡シタル事實アリトスルモ之カ爲メ其最初ノ有債取得カ商行爲
ト爲ルコトナシ又之ト反對ニ一旦此意思ニ基キテ其行爲ヲ爲シタル場合ニハ他日其取得シタルモノ
或事情ニ因リテ自家ノ用ニ供シ又ハ利益ヲ得シテ讓渡ヲ爲シ全ク其本來ノ目的ヲ實行セサルコトア
リトスルモ之カ爲メ其最初ノ有債取得カ商行爲タル性質ヲ失フコトナシ法文ハ唯タ利益ヲ得テ讓渡ス
意思ヲ以テ取得スルコトヲ要スルノミニテ其取得物ノ如何ニ處分セラルルカヲ顧サルナリ然ラハ其意
思ノ存在ハ如何ニシテ之ヲ知ルコトヲ得ルカ是レ事實問題ニ屬シ各場合ニ付キ當時ノ狀況ニ照シテ判
斷スルノ外ナシ商人カ其營業ノ部類ニ屬スル物品ヲ有債ニ取得シタル場合ハ容易ニ此意思ノ存在ヲ推
測シ得ヘキモ其有債取得カ非商人ノ行爲ニ係ル場合ニハ此意思ヲ證明スルコト頗ル困難ナルヘシ要ス
ルニ取得ノ當初ニ斯ル意思ノ存在シタルコトカ明示ニ據リ若クハ當時ノ狀況ニ據リ推測シ得ラルルト
キハ相手方ノ之ヲ知ルト否トニ拘ラス其取得ハ本號ノ商行爲タルナリ法文ハ此意思ノ存在ヲ一ニ取得
者ノミニ付テ決スヘキモノト爲セリ

乙 後段ノ規定ニ依ル商行爲 前段ノ規定スル條件ニ隨テ取得シタル物ノ讓渡ヲ目的トスル行爲ニシ
テ彼ノ有債取得ノ當時ニ存在セル利益ヲ得テ讓渡サントスル意思ノ實行行爲ナリ實行行爲ト云フモ實
際其讓渡ニ因リ現實ノ利益ヲ得タルヤ否ヤハ法ノ問フ所ニ非ス如何トナレハ利益ヲ得テ讓渡サントス
ルノ意思即チ物價ノ騰貴ニ因リテ利益ヲ得ントスル希望ニ基キテ爲ス商品ノ購買ニハ之ヲ賣却スルニ
當リ豫期ニ反シテ物價ノ下落ヲ見ルヘキ危險ノ之ニ伴フハ勿論ノ事ニテ斯ル危險ノ存スル所カ即チ投
機ノ投機タル所以ナレハナリ又法文ハ讓渡ノ目的物カ投機購買ニ因リテ取得セラレタルモノナルヲ要

求スルニ止マルカ故ニ相手方カ其情ヲ知ルト否トハ何等ノ關係ヲ有セス尙ホ法文ニハ明示セサルモ讓
渡ハ現形ノ儘ナルヲ要セス加工シテ讓渡スモ行爲ノ性質ニ影響ヲ及ボサスト知ルヘシ尤モ取得物ヲ變
形シテ轉換スルハ商ニ非スト觀念セラレタル時代モ一度ハアリタリ彼ノ士農工商ノ各階級カ社會ニ存
在シタル時代ニ在リテハ商ヲ工ヨリ區別センカ爲メニ商ニ關シテ斯ル標準ヲ立ツルコト不當ニモ其根
據ヲ失ハサリシナルヘシ然レトモ元來商ト曰ヒ工ト曰フモ其間ニ劃然タル區別ノ存スルモノニ非ス均
ク工ト云フモ其中ニハ或ハ専ラ加工ヲ目的トスルモノアリ或ハ主タル目的ハ轉換ニ在リテ其轉換ノ爲
メニ加工カ行ハルモノモアルヘシ現今ノ大勢ヨリ觀察スレハ加工シテ轉換スルモノ之ヲ商ト稱スヘキ
コト明白ナル所ニシテ敢テ之ニ關スル明文ヲ必要トセス

二 他人ヨリ取得スヘキ動産若クハ有債證券ノ供給契約又ハ其履行ノ爲メニスル有債取得ヲ目的ト
スル行爲(二六三條二號) 本號モ亦前段ノ後段トノ規定ニ依リ二種ノ商行爲ヲ包含ス前者ハ普通投
機賣却ト稱セララルモノニシテ後者ハ其實行行爲ナリ

甲 前段ノ規定ニ依ル商行爲 此規定ノ主眼トスル所ハ或物ノ供給契約ヲ爲スト云フニ在レトモ其供
給契約ノ目的ニ一定ノ制限アリ且其供給スヘキモノハ他日他人ヨリ取得スヘキモノナルコトヲ要ス
ルノ點ハ最モ注意スヘキ所ナリ以下此點ニ付キ詳細ナル説明ヲ與フヘシ

イ 供給契約 供給契約トハ一般ニ言ヘハ權利ノ移轉ヲ目的トスル有債契約ニシテ其目的物ノ引渡ニ
付キ或期限又ハ期間カ定メラレタルモノノ謂ヒナリ故ニ荷モ契約ノ締結ト履行トノ間ニ多少ノ期間存
スル以上ハ其契約ニ因リテ給付セントスル目的物ノ如何ヲ問ハス又其物カ契約締結前ニ於テ既に自己
ノ所有ニ屬シタルモノナルト若クハ其結約後ニ於テ他人ヨリ取得セントスルモノタルト問ハス均ク

供給契約タルニ妨ケナシ然レトモ茲ニ所謂供給契約トハ他日他人ヨリ取得スヘキ見込ヲ以テ且動產若クハ有價證券ヲ限リテ給付セントスル有價契約ナリト解セサルヘカラス

(ロ) 供給契約ノ目的ハ動產又ハ有價證券ナルコト 前號所謂投機購買ニ在リテハ動產、有價證券ノ外尙ホ不動產モ其目的トシテ認メラレ居ルモ本號所謂投機購買却ニ在リテハ不動產ハ其目的の中ヨリ除外セラレタリ其理由トスル所ハ察スルニ不動產ハ動產ト異ナリ多クハ特定物ナルヲ以テ豫メ供給ヲ約シ置キ更ニ他人ヨリ之ヲ取得シテ其契約ヲ履行スルコトハ容易ノ業ニ非スシテ投機購買ノ目的タルニハ餘リ不當ナリト云フニ在ルカ如シ然レトモ其當否如何ニ付テハ疑ヲ容ル餘地ナシトセス元來投機購買却テ賣却シ其間ニ於ケル物價ノ騰貴ヲ僥倖シテ利益ヲ得ントシ此投機購買却ニ在リテハ先ツ品物ヲ買取リテ他日之ヲ他人ヨリ取得スヘキモノノ賣却即チ他人ノ物ノ賣買ハ民法第五六〇條ニ依リ絕對ニ其有效ヲ認メラレ民法ハ敢テ其目的ノ動產タルト不動產タルト將タ又特定物タルト不特定物タルトヲ問ハサルヲ以テ觀レハ縱令不動產ハ特定物ナリトスルモ之ヲ投機購買却ノ目的ト爲スニ於テ是レ亦理論上不可ナキ所ナリ觀テ之ヲ實際ノ方面ニ付テ觀察センカ不動產ハ特定物ナルニ由リ不可ナリ言ハハ何故ニ動產ハ特定物タルト不特定物タルトノ差別ナク一般ニ之ヲ投機購買却ノ目的トシテ認メタルカ他人ノ所有ニ屬スル特定動產ヲ取得スルノ困難ハ却テ不動產ヲ取得スルヨリハ一層甚シキヲ感スル場合頗ル多シ況ヤ不動產

ナレハト必スシモ特定ノ物ノミニ非サルニ於テヤ或地方ノ地所幾坪ト云フカ如キ不特定ノ土地ニ付キ賣買行ハルハ敢テ稀有ノ事ニ非ス田地ノ賣買ニ多ク其實例ヲ見ルノミナラス建物用ノ地所ニ付テモ建物會社等ニ在リテハ往往斯ル賣買契約ノ必要ヲ感シ居レリ何レノ點ヨリ觀察スルモ予輩ハ本號ニ於テ特ニ不動產ヲ除外シタル正當ノ理由ヲ發見スルコト能ハス

(ハ) 他人ヨリ取得スヘキ意思アルコト 供給契約締結ノ時ト其履行トノ間ニ於テ他人ヨリ取得スヘキモノノ價額カ下落スルヲ僥倖シテ利益ヲ得ントスル希望アルヨリ此種ノ行為カ所謂投機購買却トシテ絕對ニ商行爲タルノ性質ヲ有スルニ至ルナリ故ニ契約締結ノ當初ニ此意思ナキトキ例ヘハ契約締結以前ニ於テ他ト爲シタル法律行為ニ因リ既ニ自己ニ取得シタルモノ若クハ取得スヘシト定マラル物ヲ給付セントスル契約ハ此中ニ入ラス最初ニ此意思存セザル限ハ縱令他日實際ニ其物ヲ他人ヨリ取得シテ供給シタル事實アリトスルモ之カ爲メニ其供給契約ハ商行爲ト爲ルコトナシト反對ニ一旦此意思ニ基キテ締結セラレタル契約ナルトキハ縱令他日事實上其意思ヲ履行セザルカ若クハ自己ノ所有物ヲ以テ其契約ヲ履行シタルカニ關セス完全ニ本號ノ商行爲タルヲ妨クス其他此意思ノ存在ハ相手方カ之ヲ知ルト否トニ關係ナキコト總テ投機購買ノ場合ニ述ヘタル所ト同一ナリ

(乙) 後段ノ規定ニ依ル商行爲 供給契約履行ノ爲メニスル有價取得ノ目的トスル行為ニテ即チ締結ノ當初ニ存在セル意思ノ實行行為ナリ其取得ハ供給契約履行ノ目的ニ出ツルヲ必要トスルハ勿論ナルモ事實上爾カ決定シ得レハ足レリ相手方ノ之ヲ知ルト否トハ全ク本號ノ商行爲タルニ關係ナキコト總テ投機購買ノ實行行為ニ付テ説明セル所ト同様ナリ

(三) 取引所ニ於テスル取引 取引所トハ時ヲ期シテ一定ノ場所ニ集リ米穀、有價證券其他ノ商品ヲ賣

買、商人ノ集會若クハ其集會ノ場所ヲ謂フ我國ニ於テハ明治二十六年ニ發布セル法律第五號取引所
法ヲ以テ之ニ人格ヲ與ヘ一箇ノ法人ト認メ居ルカ故ニ(取引所法七條茲ニ所謂「取引所」ニ於テスル取
引トハ其取引所ノ管理ノ下ニ於テ行ハル取引ト解スヘキナリ此取引所ニハ會員組織ト株式組織ト
ノ二種アレトモ同法ノ規定ニ從テ成立シタル取引所ノ管理ノ下ニ於テスル取引ニ非サレハ本號ノ商行
爲トハ爲ラス其取引タルヤ畢竟米穀、有價證券其他ノ商品ヲ賣買スト云フニ在リテ敢テ普通ノ賣買ト
其性質ヲ異ニセサルカ如シト雖モ其賣買履行ノ期限ヲ定ムルニ付キ特ニ法カ一種ノ規定ヲ設ケルヨリ
直取引、延取引、又ハ定期取引ノ區別ヲ生シ且其取引ノ方法ニモ種類アリテ相對ニテ賣買スルハ簡單ナ
レトモ其他ニ競賣、入札賣買、單位賣買、格付賣買又ハ轉賣、買戻等特殊ノ方法存シ荷モ其方法タルヤ或
モノハ株式取引所ノミニ用ヒラレ或ハ米穀取引所ノミニ限ラレ其他定期取引ニ付キ特ニ用フルモノ等
種種難多ノ規定アリテ大ニ普通ノ賣買ト其趣ヲ異ニセリ其詳細ハ茲ニ述フルヲ得ス之ニ關スル法令ハ
前示取引所法ノ外明治二十六年七月勅令第七四號明治三十二年七月農商務省令第一八號、明治三十五
年六月勅令第一五八號並ニ明治三十六年農商務省令第三號等アリ就テ一讀セラルヘシ
四、手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲 手形トハ法定ノ形式ヲ有スル流通性ノ證券ニシテ確定セル金
額ヲ支拂ヒ又ハ支拂ハシムルコトヲ目的トスル有價證券ナリ其發行者自身カ支拂ヲ約束スルモノハ約
束手形ニシテ自ラ支拂ヲ爲スニ非ス他人ニ委託シテ支拂ハシムルモノハ或ハ爲替手形タリ或ハ小切手
タリ流通證券ハ多シト雖モ特ニ手形ハ其目的金銭ノ支拂ニ在ルヲ以テ其實質ニ於テハ或ハ送金ノ用ニ
供セラレ或ハ支拂ノ具ト爲リ或ハ金融上ノ機關トシテ盛ニ使用セラレ始ト貨幣ニ等シキ效用ヲ爲シ居
レリ斯ル作用力ヲ有スルヨリシテ手形ハ又有價證券ノ中ニテモ一種ノ特質ヲ具ヘ唯タ其權利ノ活動消

滅ニ付テ之カ占有ヲ要スルニ止マラス尙ホ其發生ニモ亦手形ト稱スル法定ノ形式ヲ有スル一種ノ證券
ノ作成セララルコトヲ必要トセリ其詳細ハ第四編ノ講義ニ於テ説明セラルヘシ
商業證券トハ通常商人ノ營業上ニ使用セラル有價證券ト云フノ義ナリ必スシモ商人ニ限リテノミ取
扱ハルモノナルヲ要セス唯タ商人ノ取扱ニ係ルヲ常トスト云フニ過キス手形ハ其最タルモノナルヲ
以テ茲ニハ之ヲ特ニ例トシテ掲ケリ其他陸上運送業者ノ發行スル貨物引換證、海上運送業者ノ發行ス
ル船荷證券、倉庫營業者ノ發行スル預證券及ヒ質入證券等ハ其主タルモノナリ商業證券ニ關スル行爲
トハ之ヲ發行スル所謂振出行爲ヲ始メトシテ其所持人カ之ヲ他人ニ移轉セシカ爲メニ若クハ質入セン
カ爲メニ爲ス所ノ裏書行爲、手形ノ引受、保證等證券カ作成セラレ利用セラレ消滅スルニ至ルマテ其證
券ニ關シテ爲サル總テノ行爲ヲ謂フナリ此等ノ行爲ハ各各獨立シテ一ノ商行爲トナリ之ヲ行フ者ノ
商人タルト非商人タルトノ區別ナク總テ商法規定ノ支配ヲ受タルナリ

以上列舉セル行爲中他ノ第一號第二號ハ孰レモ貨物ノ轉換ヲ直接ノ目的トスル媒介行爲ニシテ且投機
的ニ利ヲ營ムト云フニ在ルヲ以テ最モ能ク商人ノ本來ノ性質ヲ發揮スルモノナリ之ヲ絕對ニ商行爲ト認
メ主體ノ商人タルト非商人タルトヲ問ハス商法ヲ適用スヘシト爲シタルハ至當ナリ又第三號取引所ニ
於テスル取引ヲ絕對的ニ商行爲ト爲シタルハ固ヨリ不可ナキ所ナルモ元來取引所ニ於テ取引ヲ爲シ得
ル者ニ付テハ現行取引所法ニ一定ノ制限アリ會員組織ノ取引所ニ於テハ取引所ノ仲買人及ヒ會員又
株式組織ノ取引所ニ於テハ其取引ノ仲買人ニ限リテ賣買取引ヲ爲シ得ルノミ(取引所法六條)而シテ其
會員ヨリ仲買人タル資格ニ付テモ亦一定ノ制限アリテ會員ハ一箇年以上仲買人ハ二箇年以上其取引所
ノ營業部類ニ屬スル商業ニ從事シタル商人ナルコトヲ必要ト爲シ居ルヲ以テ(取引所法十條)結局取引

所ニ於テスル取引ハ或特殊ノ商人ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス非商人ニテハ不可ナリト云フニ歸シ
商法カ特ニ之ヲ絕對の商行為ト認メタル實益ヲ失ヒ居レリ次ニ第四號ノ手形其他商業證券ニ關スル行
爲ヲ絕對の商行為ト爲シタル所以ハ他ナシ此種ノ證券ハ所謂有價證券トシテ管ニ商人ニ依テノミナラ
ス非商人間ニ於テモ廣ク使用セラルルモノナルカ故ニ之ヲ絕對ニ商行為ト爲スニ非サレハ此等ノ行為
ヲ爲セル非商人ニハ其行為カ商行為タルサルノ故ヲ以テ商法ヲ適用スル能ハサルコトナリ爲メニ全
ク適用スヘキ法規ヲ缺クニ至ルヘケレハナリ
第二主觀的商行為 行爲其レ自體當然商行為タルモノハ非ス營業トシテ之ヲ行フニ因リテ始メテ商
行爲タルモノハ謂フ換言セハ此種ノ行為ノ商行為タルニハ其各箇ノ行為カ繼續的營業行為ノ一トシテ
觀察セラレ得ヘキモノナルヲ要シ若シ然ラズシテ各箇獨立ノモノタランニハ商行為タリ得サルモノナ
リ即チ行為ハ同一ナルモノ之ニ營業ト云フ觀念ノ加ハルト否トニ依リ商行為タルト然ラサルトノ差別ヲ
生スルモノナリ而シテ商行為ヲ營業トシテ行フ者ハ商人ナルカ故ニ(四條)此種ノ商行為ハ之ヲ行フ者
ノ商人ナルトキ始メテ存在スルモノタリ第二六四條第一項第一號乃至第一二號ニ列舉セラルル行為即
チ是ナリ

(一)「貸貸スル意思ヲ以テスル動產若クハ不動產ノ有價取得若クハ賃借又ハ其取得若クハ賃借シタル
モノノ貸貸ヲ目的トスル行為」本號モ亦前段ト後段ト規定ニ依リ取得行為若クハ賃借行為ト其實行
行為トノ二種ニ分ル

(甲) 前段規定ニ依ル商行為 此規定ニ付キ注目スヘキハ第一ニ有價取得若クハ賃借ト云フコト、第二
ニ其取得若クハ賃借ノ目的物ハ動產、不動產ナルコト第三ニ其取得若クハ賃借ヲ爲スハ其趣旨タルヤ

他日之ヲ他人ニ貸貸セントスルニ在ルコトヲ要スル三點ナリ然レトモ其説明ニ入ルニ先チ一言スヘキ
ハ本號ノ行為ハ前述ノ投機購買ニ酷似セルコト是ナリ投機購買ニ在リテハ利益ヲ得テ他人ニ讓渡ス意
思ヲ以テ動產、不動產ヲ有價ニ取得シ本號ノ行為ハ其讓渡ノ意思ニ代ヘテ他人ニ貸付ケ以テ利益ヲ得
ントノ意思ニ出テテ有價取得ヲ爲スニ在リ故ニ大體ノ點ニ於テ前者ニ付テ述ヘシ説明ハ此處ニ之ヲ流
用シ得ヘキニ由リ唯タ特別ナル點ニ付キ説明ヲ爲スニ止ム

本號ノ行為ハ動產ニ付テ言ヘハ衣服、夜具、器具等ノ損料貸營業者ノ行為ニ該當シ不動產ニ付テ言ヘ
ハ敷地ノ貸付、貸家業者ノ行為即チ是ナリ他人ニ貸貸ストハ即チ賃金ヲ得テ動產又ハ不動產ノ使用收
益ヲ他人ニ許スノ行為ヲ謂ヒ投機購買ノ讓渡ニ於ケルカ如ク其物ノ所有物ヲ移轉スルトハ其趣異ニ
セリ隨テ此場合ニハ有價取得ノ外ニ賃借行為ヲ加ヘテ均シク之ヲ商行為ト認メタリ蓋シ他人ヲシテ
物ノ使用、收益ヲ爲サシムルノミナレハ敢テ所有物ヲ以テスルノ必要ナク賃借物ヲ以テスルモ其目的
ヲ達スルニ不可ナケレハナリ

(乙) 後段ノ規定ニ依ル商行為 前段ノ條件ニ從テ取得シ若クハ賃借シタル物ノ貸貸ヲ目的トセル行為
ニシテ最初ニ存シタル意思ノ實行行為ナリ別ニ新ナル説明ヲ要セス只賃借シタル動產ヲ貸貸スルハ所
謂轉貸ト唱ヘテ豫メ賃借人ノ承諾ヲ要スルコトニ注意スヘシ承諾ヲ得サル轉貸ハ之カ爲メニ最初ノ賃
貸人ヨリ契約ヲ解除セラルルコトアルヘシ(民六二二條)

此ノ如ク本號ノ行為ハ投機購買ト相酷似セルモノナルニ拘ハラス何故ニ一ハ之ヲ絕對の商行為ト認メ
他ハ之ヲ相對的商行為ト爲シタルカ論理ノ一貫ヲ缺クノ嫌ヒナキニ非サルカ伊太利、墨西哥、智利ノ商
法ノ如キ現ニ此種ノ行為ヲ絕對的商行為ノ部類ニ屬セシムルモノアリ然レトモ元來商法ハ一邊ノ理論

ノミヲ以テ編纂セラルヘキニ非ス各國現時ノ情態慣行ニ順ミ實際ノ便宜ヲ斟酌シテ立法セラルコトヲ要シ必スシモ性質ノ類似ヲ理由トシテ同一ノ規定ヲ爲スコトヲ得ス我國現時ノ情態ニ照シテ論セハ非商人カ此種ノ行爲ヲ行フモ直チニ之ニ商法ヲ適用スト爲スカ如キハ先ツ一般ノ觀念ニ反スルモノト謂フヲ得ヘク之ヲ營業商商行爲ト爲シタルハ蓋シ至當ノ規定ナルヘシ

(二)「他人ノ爲メ製造又ハ加工ニ關スル行爲」他人ノ爲メニスル製造又ハ加工トハ他人ノ計算ニ於テ製造又ハ加工ニ從事スルノ謂ナリ即チ委託者ヨリ給與セラレタル材料ヲ以テ又ハ委託者ノ計算ニ於テ他ヨリ買入レタル若クハ自己ヨリ供給シタル材料ヲ以テ之ヲ變形シ又ハ之ニ工作ヲ加フル場合ヲ謂フ製造者又ハ加工者カ自己ノ計算ニ於テ材料ヲ出シ造上ケタル品ヲ他人ニ供給スルカ如キハ或ハ第二六三條第一項第一號及ヒ第二號ノ商行爲ニ該當スルコトアルモ本號ノ行爲トハ全ク別種ノモノト觀念スヘキナリ

(三)「電氣又ハ瓦斯ノ供給ニ關スル行爲」時勢ノ進運ニ伴ヒテ商業カ漸次其種類、範圍ヲ廣メ隨テ之ニ關スル新ナル立法ヲ要スルニ至ルハ社會進化ノ理勢タリ此處ニ揭タル行爲ノ如キモ之ヲ商行爲ト認メテ明カニ其規定ヲ爲セルハ較近ノ事ニ屬ス元來電氣又ハ瓦斯ノ事業タルヤ其性質甚タ曖昧ナルヨリ之ニ關スル説明モ亦一定セス或ハ電氣事業ヲ以テ一種ノ生産行爲ナリトシ之カ供給ニ關スル行爲ハ商行爲ノ範圍ニ入ルヘキニ非スト論スル者アリ或ハ瓦斯事業タルヤ瓦斯ノ發生ハ石炭ニ勢力ヲ加フル結果ナルカ故ニ畢竟一種ノ加工行爲ニ外ナラズト説明スル者アリ頗ル疑ノ存スル所ナリト雖モ我現行法ハ其事業ノ性質如何ニ關セス明文ヲ以テ之カ供給ニ關シテ締結セラルヘキ契約ヲ一種ノ商行爲ト認メタリ其理由トスル所ハ縱令事業ノ性質何レニ在リトスルモ之ヲ營業トシテ行フ場合ニハ其設備、事業

執行ノ方法等ヨリ觀察セハ毫モ他ノ商取引ト區別スヘキニ非スト云フニ在リ而シテ此供給契約ノ性質如何モ亦學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ或ハ賣買ナリト曰ヒ或ハ雇傭ナリト説キ請負ナリト論スレトモ我民法上ニ於テハ之ヲ請負ナリト説明スル方至當ナルヘシ

(四)「運送ニ關スル行爲」運送トハ物又ハ人ヲ或場所ヨリ他ノ場所ニ移轉スルヲ謂ヒ此輸送ニ關スル總テノ營業行爲カ茲ニ所謂商行爲タリ運送ノ目的カ物品ニ係ルトキハ之ヲ物品運送ト謂ヒ人ニ係ルトキハ旅客運送ト稱ス而シテ此物品又ハ旅客運送カ陸上及ヒ湖川、港灣ニ於テ行ハルトキハ總テ陸上運送ト唱ヘラレ以テ海上運送ヨリ區別セラレテ商法上各各種ノ規定ヲ有セリ則チ前者ハ第三編第八章運送營業ノ題名ノ下ニ規定セラレ後者ニ付テハ第五編第一章乃至第四章ニ其規定アリ

(五)「作業又ハ勞務ノ請負」請負トハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ效力ヲ生スルモノナリ(民法三三條詳細ハ民法ノ講義ニ譲ル茲ニ作業ノ請負ト云フハ不動産ニ關スル仕事ヲ目的トスルモノ所謂工事ノ請負ナリ即チ家屋ノ建築、鐵道、堀割、架橋、船渠、築港等ニ關スル請負ヲ謂フ此種ノ行爲ヲ商行爲ト認ムル立法ハ甚タ稀ナリ是レ嘗テ述ヘタル如ク不動産ヲ商ノ目的中ヨリ除外セントスル觀念ニ支配セラルルカ爲メナリ勞務ノ請負トハ勞務者ヲ供給スルノ請負ニシテ人足、軍夫ノ請負ノ如キ其著キモノナリ

(六)「出版印刷又ハ攝影ニ關スル行爲」出版及ヒ印刷ニ付テハ明治二十六年四月法律第一六號出版法第一條ニ「凡ソ機械含密其ノ他何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス文書圖書ヲ印刷シテ之ヲ發賣シ又ハ頒布スルヲ出版ト云ヒ云云」トアリ之ニ依レハ印刷トハ機械又ハ含密即チ化學上ノ作用ニ依リテ文書又ハ圖書ヲ製出スルヲ謂ヒ出版トハ文書、圖書ヲ印刷シテ之ヲ發賣シ又ハ頒布スルヲ謂フナリ又ハ攝影ト

ハ所謂寫眞術ヲ以テ人又ハ物ノ形狀ヲ寫出スルヲ謂フ此ノ如ク一方ヨリ文書、圖書ヲ蒐集シテ印刷
ニ付シテ發賣スル出版業又ハ他人ノ爲メニスル一種ノ加工行爲トモ認ムヘキ印刷又ハ寫眞營業カ商行
爲タルニ付テハ別ニ説明ヲ要セサルヘシ

(七)「客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引」客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引トハ斯ル場屋其モノノ取
引ト誤解スル勿レ場屋其モノヲ賣買スルカ如キ場合ヲ謂フニ非ス其意義ハ客ノ來集スルコトヲ目的ト
シテ一定ノ設備ヲ爲シ之ニ依リテ行フ所ノ營利的行爲ヲ謂ヒ而モ其客ノ來集ヲ直接ノ目的トスル場合
ヲ指シテ謂ヘルナリ主トシテ劇場、寄席、角力場、見世物場、音樂場、舞踏場ノ如キ觀樂又ハ遊戯ノ用ニ
供セラルル場屋ノ營業行爲ヲ指スモノニシテ外國ノ或立法例將タ又我舊商法ニ於テハ其範圍ハ管ニ之ニ
限リ然レトモ現行法ハ廣ク「客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引」規定シタルヲ以テ其範圍ハ管ニ之ニ
止マラス旅店、飲食店、浴場等皆此内ニ包含セラル此飲食店、浴場等ノ營業ニ付テハ第八條トノ關係ニ
注意スヘシ小商人ニハ商業登記、商號、商業帳簿ニ關スル規定ノ適用ナキヲ以テ此等ノ營業ハ固ヨリ本
號ニ依リ商行爲トシテ商法ノ適用ヲ受クルハ勿論ナレトモ右ニ掲ケタルカ如キ特ニ商人ニ關シテ存ス
ル規定ノミハ其支配ヲ免ルルコト爲ル要スルニ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ハ其營業タルヤ概
シテ射利ノ性質ヲ帶ヒ且其設備、事業ノ方法他ノ純粹ナル商業ト敢テ異ル所ナキヲ以テ之ヲ商行爲ト
シテ商法ノ規定ニ從ハシメタルナリ

(八)「兩替其他ノ銀行取引」茲ニ銀行取引ト云ヘルハ之ヲ列舉シテ示スコトヲ得サルハ勿論之ニ抽象
の一定ノ意義ヲ付スルコトモ亦極メテ困難ナリ通常銀行業者ニ依リテ取扱ハル取引ト云フ義ニ解シ
置クヘシ學者ハ普通銀行ト云フヲ解シテ金錢、有價證券ノ流通ト信用ノ媒介トヲ目的トスル營業ナリ

ト曰フモ甚タ漠然トシテ實際上之ニ依リテハ未タ銀行業務ノ範圍限界ヲ明カニスルヲ得ス畢竟商交通
上ニ於ケル普通ノ觀念ニ依リテ其取引ノ何タルヤヲ知ルノ外ナシ今日ニ於テ通常銀行業者ノ取扱フ取
引ト言ヘハ先ツ金錢ノ信用貸借又ハ抵當貸又ハ當坐預、定期預ヲ始メ今日ニ於テ通常銀行業者ノ取扱フ取
札配當金其他ノ取立、地金銀有價證券ノ賣買、保護預、社債ノ募集應募ノ媒介行爲、貨幣ノ交換即チ兩替
等ナリ然レトモ茲ニ所謂銀行取引ハ固ヨリ此等ニ限ラルニ非ス今後時勢ノ進歩ト共ニ銀行業務ノ發
達スルニ隨ヒ漸次其範圍擴張セラルルモノト知ルヘシ而シテ其取引ノ中ニ在リテモ兩替ハ沿革上銀行
取引ノ根源ヲ爲シ最モ著名ノモノナルカ故ニ特ニ之ヲ掲ケ之ニ依リテ銀行取引ノ一例ヲ示スト同時ニ
茲ニ所謂銀行取引トハ銀行ニテ取扱ハル業務ノ一種ノミヲ業トシテ行フモ仍ホ銀行取引トシテ商行
爲タリトノ趣旨ヲ明カニセルナリ

(九)「保險」保險トハ當事者ノ一方カ相手方又ハ第三者ノ偶然ナル事故ヨリ受クルコトアルヘキ損害
ヲ填補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナリ其
種類ハ觀察點ヲ異ニスルニ從ヒ種類ニ分類セラル先ツ事故ノ發生スル場所如何ニ依リテ海上保險ト陸
上保險トノ區別アリ海上保險トハ航海ニ關スル事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ノ填補ヲ目的ト
スルモノヲ謂ヒ其他ヲ廣義ニ陸上保險ト稱スルヲ普通トス此陸上保險ハ更ニ被保險利益ノ差別ニ依リ
テ所謂物の保險ト人的保險トニ分タレ而シテ其物の保險ハ又被保險事故ノ種類ニ應ジテ火災保險、運
送保險等ニ類別セラル詳細ノ説明ハ保險ニ關スル講義ニ讓ルコトスルモ尙ホ一言セヘキハ營利保險
ト相互保險トノ區別ナリ保險ノ種類ハ右ノ如ク頗ル多シト雖モ此種種ナル保險事業ヲ行フ方法ニ至
リテハ現今ノ處先ツ營利的ノモノト相互的ノモノトノ二種類アルノミ此區別ハ保險ノ大ナル分類ト

シテ普通認メラルル所ナルモ其異ナル所如何ト云フ問題ニ付テハ頗ル議論アリ先ツ相互保險ノ何タル
カヲ説明スレハ我保險業法ヨリ觀察スレハ多數ノ人相集合シテ一會社ヲ組織シ或金額ヲ支出シテ偶然
ナル事故ノ發生シタル場合ニ其社員カ會社ヨリ或金額ヲ受クルモノハ所謂解シテ可ナリ往時ハ組合
組織ヲ以テスル保險事業モ其存在ヲ認メラサルニ非サリシカ今日ニテハ保險ハ法人組織ノ會社ニ依
リテノミ營マルルナリ明治三十三年三月法律第九六號保險業法ニ依ルモ其第二條ニ「保險事業ハ株式
會社又ハ相互會社ニ非サレハ之ヲ營ムコトヲ得ス」ト規定シ事業ノ主體ハ必ス會社ナルコトヲ必要ト
セリ若シ此事業カ組織ニ依リテモ營マレ得ルモノトセハ所謂相互保險ハ文字其レ自身ノ示スカ如ク相
互ニ保險スルモノ即チ被保險者ハ被保險者タルト同時ニ保險者タリ保險者ハ保險者タルト同時ニ被保
險者タル地位ニ立ツモノト解スルモ妨ケナカルヘシ然レトモ今日ニテハ右ニ述ヘタル如ク相互保險モ
亦會社組織ニ依リテノミ行ハルヘキカ故ニ保險者ハ常ニ會社ニシテ被保險者トハ全ク別箇ノ地位ニ立
ツモノト認ムルノ外ナキヲ以テ此觀念ヨリスレハ相互ニ保險スル者カ相互保險ナリト謂ヒテハ法律上
ノ説明トハナラス法律上ヨリ論スレハ被保險者カ會社ト相對峙シテ立ツノ狀態ハ全ク營利的保險ノ場
合ト異ナル所ナキナリ然レトモ仔細ニ觀察スレハ兩者ハ等シク被保險者ト會社トカ相對峙スト云フモ
相互保險ニ於ケル被保險者ト相互會社トノ關係ハ營利保險ニ於ケル被保險者ト株式會社トノ關係トハ
大ニ趣ヲ異ニセリ營利保險ニ在リテハ被保險者ハ保險セラルト云フ地位ニ立ツノ外ニ保險者タル株
式會社トハ何等ノ利害關係ヲ有スルコトナシト雖モ相互保險ニ在リテハ然ラス被保險者ハ保險セラル
ル地位ニ立ツノ外一面ニ於テハ又保險者タル相互會社ノ社員タル資格ヲ有シ其結果トシテ會社トハ其
事業ニ付キ共同ノ利害關係ヲ有スルモノタリ詳言セハ營利的保險ニ在リテハ營業上ノ利益又ハ損失ハ

總テ株式會社ニ歸シ獨リ其株主カ利害ヲ感スルノミニテ被保險者ハ毫モ之ニ與ラサルニ反シテ相互保
險ニ在リテハ會社カ事業上ヨリ得タル利益ハ被保險者カ社員トシテ當然分配ニ與ルノミナラス其損失
モ亦結局被保險者ノ負擔ニ歸スルモノナリ斯ル差別アルハ是レ畢竟其根本ニ於テ雙方ノ會社組織ニ大
ナル差異ノ存スルカ爲メナリ即チ前者ハ他人ノ需要ニ應ジテ專ラ利ヲ營マントスルモノナレトモ後者
ハ其目的專ロ自己ノ要スルモノヲ得ントスルニ在リテ全ク營利的ノモノニ非ラサルカ爲メナリ斯ノ如
ク相互保險ハ其根本ニ於テハ既ニ營利ヲ目的トスルモノニ非ストセハ其事業タルヤ畢竟商行爲ノ性質
ヲ有セサルコトモ亦一編ノ講義ニ照シテ容易ニ之ヲ了解シ得ヘシ商行爲ノ性質ヲ有セストセハ結局相
互保險ハ本號ニ商行爲トシテ規定セララル所謂保險ノ中ニ包含セラレスト解スルノ外ナシ況ヤ相互保
險ハ保險關係ヲ目的トスルニハ相違ナキモ其保險關係タルヤ寧ロ相互會社ト社員トノ法律關係ノ成立
ニ伴ヒ其結果トシテ發生スルモノト云フコトヲ得ヘク即チ相互保險ノ本體ハ寧ロ會社ニ社員トシテ加
入スル會社契約ナリト論シ得ヘキニ於テヲ要スルニ本號ノ保險トアルハ單ニ營利保險ヲ指スニ止ル
モノト解スルヲ至當トス

(一)「寄託ノ引受」寄託トハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約シ或物ヲ受取ルニ
因リテ效力ヲ生スル所謂要物契約ノ一種ナリ(民六五七條)寄託ノ引受トハ其受寄者タル關係ニ立ツノ
謂ヒナリ受寄物ハ其受取リタル物ヲ其儘返還スルヲ常トス然レトモ現物ノ返還ハ寄託ノ必要條件ニ非
ス受寄者ハ其受取リタル物ヲ消費シテ之ト種類品等及ヒ數量ノ同シキ物ヲ返還シ得ル場合アリ(民六
六六條)前者ノ寄託ニシテ其引受ヲ業トスルカ爲メニ商行爲ト爲ルハ倉庫營業又ハ無記名證券ノ保護
預等ニシテ後者即チ不規則寄託ト稱セラルルモノノ引受ヲ業トスル場合ハ先ツ一般ノ預金又ハ消費スル

コトヲ得ヘキ無記名證券ノ寄託等ナルヘシ然レトモ預金又ハ無記名證券ニ關スル寄託ハ前ニ述ヘタル
第八號銀行取引ニ屬スルモノトシ茲ニ所謂寄託ノ中ニ包含セシメサルヲ至當トス
（一）「仲立又ハ取次ニ關スル行為」 仲立トハ他人間ノ法律行為ヲ媒介スルヲ謂フ一般ニ言ヘハ其媒
介セラルル法律行為ハ商行爲タルト非商行爲タルト問ハス又營業トシテ爲スト箇箇ニ行フトニ關セ
ス總テ仲立ト稱シ得サルニ非ス然レトモ茲ニ所謂仲立トハ商法第三編第五章ニ仲立營業ト云フニ該當
スルモノナルカ故ニ寧ロ之ヲ狹義ニ解シテ他人間ノ商行爲ノ媒介ヲ爲スト謂フト解スヘキ
ナリ（二〇五條）取次モ亦廣ク言ヘハ自己ノ名義ヲ以テ他人ノ爲メニ法律行為ヲ爲ス總テノ場合ヲ謂ヒ
之ヲ箇別的ニ行フモ仍ホ取次ト云フモ可ナリ然レトモ商法上ニ於テ取次ト云ヘハ之ヲ營業トシテ爲
場合ニ限ラル之ニ該當スルモノハ第六章問屋營業、第七章運送取扱營業及ヒ問屋運送取扱以外ノ行為
ニ關スル取次即チ第三二〇條ニ規定セル所謂問屋營業是ナリ
（二）「商行爲ノ代理ノ引受」 代理ノ意義ハ民法ニ依リテ定ル即チ或人ノ意思表示ニ依リ他人カ直接
ニ權利ヲ得義務ヲ負フ法律關係ナリ此代理權發生ノ原因ハ我民法ノ解釋トシテ委任契約ニ外ナラサル
ヲ以テ茲ニ所謂代理ノ引受トハ其委任ヲ受諾シ受任者タル關係ニ立ツノ謂ヒナリ此代理ノ引受カ商行
爲タルニハ其引受カ繼續セル營業行為ノ一部トシテ觀察セラレ得ヘキモノナルコト竝ニ其委任ヲ受ケ
タル法律行為カ商行爲ナルコトヲ必要トス此種ノ商行爲ニシテ今日實業界ニ於テ最モ頻繁ニ行ハル
ハ第一編第七章ニ規定セラルル代理商行爲然レトモ茲ニハ廣ク商行爲ノ代理ノ引受トアルカ故ニ理論
上必スシモ代理商行爲ノ如クニ一定ノ商人ノ爲メニ代理ノ引受ナルモノヲ要セス（三六條）
以上ハ主觀的商行爲即チ營業トシテ行フ場合ニ始メテ商行爲タルモノニ關スル說明ナリ商法ハ當ニ主

商法商行為（第十章）

法學士 村上 隆 吉講述

保險法

緒言

保險トハ其文字ノ示スカ如ク危險ヲ擔保スルノ意味ナリ詳シク言ヘハ危險例ヘハ家屋カ火災ニ罹リ船
舶カ沈没シ或ハ人カ死亡スル如キ多數ノ人カ或事故ニ遭遇セントスル虞アル場合ニ於テ多數ノ人カ少
許ノ出損ヲ爲シ實際其一部ノ少數ノ人カ其事故ニ遭遇シタル場合ニ於テ多數ノ人ヨリ集メタルモノヲ
此少數ノ人ニ分配シ之ニ依リテ少數ノ人ヲ救ヒ多數ノ人ハ危險ヲ免ルルナリ即チ危險ヲ多數ノ人ニ分
配スルヲ以テ保險ノ眼目ト爲スナリ
保險ニ關スル法制ヲ研究スルニ付テ注意スヘキハ其研究カ公法及ヒ私法ノ兩方面ニ涉ルコト是ナリ保
險ハ商行爲トシテ商法第三編第十章ニ其規定ヲ存ストモ之ト同時ニ公法ノ方面ニ於テハ保險事業ノ
監督ニ關シテ保險業法ノ規定アリ又我國ニ於テハ現今ハ保險ナル行為ハ常ニ私法的ノ行為ナレトモ各
國必スシモ然ラス獨逸ニ於ケル勞働保險ノ如キハ國家事業トシテ公法的ノ行為ナリ我國ニ於テモ將來

此種ノ公法的ノ保險行爲モ行ハルルニ至ルヘシ斯ク保險事業其モノカ經營ノ方法ニ依リ公法的ナル場合ト私法的ナル場合トアルト共ニ保險事業ハ公衆ニ利害關係ヲ有スルコト密接ニシテ其消長ハ國家ニ影響ヲ及ホスコト重大ナルカ故ニ我國ニ於テハ私人カ其事業ヲ經營スルコトヲ認ムルト共ニ保險事業ノ監督ニ必要ナル法制及ヒ之カ執行機關ヲ設ケテ以テ嚴重ナル取締ヲ爲シツツアルナリ故ニ保險ヲ研究スル場合ニ於テハ公法、私法ノ各方面ニ涉ラサルヘカラス特ニ我保險業法ニ於テ保險事業ヲ經營スルコトヲ得ルモノハ株式會社及ヒ相互會社ニ限ル而シテ相互會社ハ今日僅ニ一會社アルニ過キサレハ様ナルヲ以テ保險ヲ研究シ之ヲ實用スルニハ同時ニ株式會社ノ研究ヲ最モ必要トスル有様ナリ效果ヲ得ントスルニハ多方面ニ亘リテ研究セサルヘカラス殊ニ保險ハ各種ノ經濟活動ノ中最モ遅レテ發達シタルモノニシテ其法制ノ發達モ亦遅ク困難ナル研究ヲ要スル學理ヲ含ムニモ拘ハラス未タ十分ノ研究ヲ經タリト謂フヘカラス現ニ我國ニ於テハ保險ヲ法律ノ方面ヨリ研究シタル著書トシテハ僅ニ粟津清亮氏ノ保險法一冊アルノミト云フ有様ナリ左レハ保險ハ法律ノ方面ヨリ言フモ研究ノ範圍モ廣ク研究ノ必要モ適切ニ又研究ノ餘地モ大ナルモノナリト謂ハサルヘカラス

保險ハ又或學者カ事故發生ニ因リ財產所有者ノ被ルコトアルヘキ財產損失ニ對スル擔保ヲ爲スヲ以テ其目的トスト曰ヒタル如ク又他ノ學者カ保險事業ハ之ニ因リテ危險多キ企業ノ危險ヲ他人ニ平均シテ分配スル性質ヲ有スト曰ヒタル如ク或事故ニ遭遇セントスル處アル地位ニ在リタル者カ果シテ其事故ニ遭遇シタル場合ニ其結果ヲ他人ニ分配シテ以テ實際之ニ遭遇シタル人ヲ救ハントスルモノナルカ故ニ其趣旨ハ甚タ消極的ニシテ經濟上ノ價值頗ル疑ハシキカ如シ然レトモ事實ハ之ニ反シ保險ハ經濟上

重大ナル關係ヲ有スルモノニシテ各國ノ實例ニ照スモ社會經濟ノ發達セル國程各種ノ保險力發達シ商業ノ盛大ナル地方程保險力進歩シ居ルヲ見ルナリ

生命保險ノ如キ資本貯蓄ト密接ナル關係ヲ有スルモノニシテ商人ノ側ヨリ之ヲ觀察スレハ些少ノ金錢ヲ蓄積シ之ヲ利殖シ一定金額ノ資本トシテ之ヲ取得シ得ルモノニシテ例ヘハ養老保險ノ如キ壯年勤勉ノ餘資ヲ積立タルモノヲ以テ老年ヲ安樂ニ養フ資本ト爲シ終身保險ノ如キ自己ノ生存中蓄積セル餘財ニ依リテ遺族ニ一定金額ノ資本ヲ與ヘ路頭ニ送フカ如キコトナカラス又國家社會ノ側ヨリ言ヘハ資本供給ノ確實ナル點ニ於テハ遙ニ銀行ニ勝レリ生命保險ニ於ケル貯蓄ハ豫期ニ反シテ隨時ニ引出サル處ナケレハナリ故ニ銀行カ其融通資本ヲ仰クノ源トシテ保險會社ヲ利用スルハ一般ニ行ハルコトニシテ寧ロ其關係ノ密接ニ過クルカ爲メ諸種ノ弊害ヲ惹起スルノ狀態ナリ近時保險會社ノ失敗ノ多數ハ其蓄積シタル資本ヲ銀行ニ寄託スルコト多キニ過キ而シテ銀行カ失敗スルノ結果保險會社自身モ亦蹉跌スルニ至ルモノ多シ左レハ生命保險ノ如キ資本貯蓄ノ良法ハ國家經濟上ヨリ之ヲ觀レハ零碎ナル資本ヲ集メテ國家ノ發達ニ必要ナル有利ノ事業ニ投スルノ大資本ヲ構成スル機關ト爲リ國家經濟上重要ナル地步ヲ占ムルモノナリ

海上保險、火災保險及ヒ運送保險ハ商業ト最モ重要ナル關係ヲ有ス元來保險ハ其源ヲ海上保險ニ發シ海上保險ハ地中海ニ於ケル海上貿易ト因果的關係ヲ以テ發達シタルモノナリ今日ニ於テハ保險ハ海上貿易ニハ其陸上ノ一般商業ニ必要缺クヘカラサル機關ニシテ保險制度ノ後援ヲ有セサル商業ハ不完全ナル商業ニシテ到底十分ナル發達ヲ望ムヘカラスト斷言スルモ過言ニ非サルヘシ商業經濟ノ隆盛ナル米、英、獨、佛ニ於テ殊ニ保險ノ發達セルモ偶然ニ非ス現ニ目下ノ時局ニ於テ戰時海上保險ノ拒絶若ク

ハ戰時海上保險料ノ暴騰ノ爲メニ商業者カ如何ニ不便ヲ感シ商業カ如何ニ阻害セラレタルカハ世人ノ耳目ニ最モ新ナル所ナリ此現象ハ戰時ニ於テ發生シタルヲ以テ特ニ世人ノ注目ヲ惹キタリト雖モ平時ニ於ケル海上危險ニ對スル保險ノ重要ナルコト決シテ之ニ讓ラス單ニ危險ノ大小、保險料ノ高低ヲ異ニセルノミ又商品ニ對スル火災保險ノ如キ商業ト密接ナル關係ヲ有スルモノニシテ現ニ仁川ニ於テ「ワリヤーク」號ノ爆沈シタル以後日露ノ戰局未タ進捗セサルニ當リ仁川港ハ初ヨリ兵燹其他災害ノナカリシニモ拘ハラズ各火災保險會社ハ危險ノ著大ナルヲ恐レテ倉庫ニ在積セル商品ニ對スル火災保險ヲ拒絕シ若クハ非常ニ騰貴セシメタル爲メ仁川ニ於ケル日韓貿易ノ殆ト杜絶シタルハ最近ノ事實ナリ殊ニ火災保險ハ世人ノ辛苦經營シタル工場、家屋カ一旦祝融ノ怒ノ爲メニ烏有ニ期シ之カ爲メ事業ノ蹉跌ヲ來シ資産ヲ喪失シ經濟上ノ地位ヨリ墮落セントスル場合ニ之ヲ救済スルノ良手段ナリ故ニ工業上ニモ密接ナル關係ヲ有スルモノニシテ工場ニ火災保險ヲ附セサル工場主ハ事業ニ對シ冒險者ト謂フヘキノミ

其他信用保險ノ如キ或ハ債務者ノ地位ヲ擔保シテ債權者カ不測ノ損害ニ陷ルヲ免レシムルト共ニ一方ニ於テハ保證者クハ抵當物ニ缺乏セル債務者カ債權者ヲ求ムルノ途ヲ容易ナラシメ或ハ將來事業ヲ經營セントスル有爲ノ青年ニ對シテ信用ヲ與フルノ途ヲ開クカ如キ亦經濟上密接ナル關係ヲ有ス獨逸ノ勞働保險ノ如キ私法上ノ保險トハ全ク別種ニ屬シ公法的ノ組織ナレトモ其原理ニ於テハ固ヨリ同様ナリ此保險ハ勞働者保護ノ爲メニ設ケラレタルモノニシテ之ニ依リテ勞働者ニ一定ノ資本ヲ與ヘ其地位ヲ改良シ所謂社會黨ノ唱フル如キ弊害ヲ矯メ野心ヲ有スル社會黨一派ノ口舌ヲ鉗セシメントスルモノニシテ其效果著大ニシテ社會政策上重要ナル地步ヲ占ムルニ至レリ勞働保險ト稱スルモノハ獨逸ニ行ハルル公法的組織ノモノヲ指セトモ之ト同様ナル事業ハ私法的組織ニ於テモ行ハル英、米、各國ニ於テ工業保險ト稱スルモノ是ナリ近年我國ニ於テモ社會問題ナル文字ヲ散見スルニ至リ殊ニ工業上、商業上勞働者ノ數ハ著シク増加シ所謂勞働問題是ヨリ始マラントシ工場法ノ制定モ既ニ計畫セラレ其草案モ完成シタル時當リ此種ノ保險ヲ政究スルコト政策上、經濟上適切且重要ナルコトト信ス家畜保險、電氣保險ノ如キ獨逸ニ於テハ農業上重要ナル保險制度ニシテ我國ニ於テモ漸次農業ニ關スル保險ノ發達スヘキコト今ヨリ期待スルヲ得ヘシ又漁業上ニ於ケル危險ニ對スル保險制度アリ現ニ我國ニ於テモ之ヲ企圖スル者アルヲ聞ク

左レハ保險ハ商業ハ勿論各種ノ經濟活動ニ一トシテ關係ヲ有セサルハナク常ニ此等事業ノ後援トシテ其發達ヲ助長スルコト更ニ言フ費スヲ俟タルナリ即チ保險ノ意義ハ消極的ナリト雖モ其效果ハ積極的ニシテ之ニ依リテ社會各種ノ經濟活動ヲ改良、繁榮ナラシムルモノニシテ吾人カ十分ナル研究ヲ爲シテ以テ之ヲ進歩セシメ國家社會ノ發達ニ資セサルヘカラサルナリ

然レトモ我國ニ於テハ保險思想尙ホ幼稚ニシテ保險事業未タ發達セス例ヲ生命保險ニ取テ言ハント全國各府縣ノ人口ト生命保險契約者ノ數ヲ比較スルニ其最モ多キ府縣ニシテ千分ノ五十二達スルモノナク少キハ千分ノ一以下ニ在リ而シテ平均千分ノ十乃至二十ノ邊ニ在リ以テ我國ニ於ケル生命保險思想ノ如何ニ幼稚ナルカヲ知ルヘシ又生命保險會社ヲ見ルニ其最モ古キモノモ約二十年ヲ經過シタルニ過キス其多數ハ十年ヲ經過セス生命保險契約高ニ付テ見ルニ我國ニ於ケル最大會社ト稱セラルルモノモ未タ四千萬圓ノ契約ヲ有セス二千萬圓以上ノ契約高ヲ有スルモノハ僅ニ三四ノ會社アルノミ又保險業法ノ發布モ纔ニ四年前ノ事ニ屬シ監督ノ成績亦十分ナリトスカヘラス故ニ我國ノ保險事業ハ極メテ幼稚

種ナリト稱セラルルモ亦已ムヲ得サルナリ
元來保險事業タルヤ國家經濟上重要ナル地位ヲ有シ法律上ノ知識ヲ要スルコト多ク而モ其發達ハ他ノ經濟方面ニ比シ甚タ遅レタリ左レハ保險ハ學理上ノ趣味ヨリ言フモ亦實用上ノ問題ヨリ言フモ大ニ之ヲ攻究シ其革新進步ヲ圖ルコト青年有爲ノ士ニ取リテ誠ニ快心ノ事業ナラスンハ非ス強チニ詭辨ヲ弄シテ我田引水ノ譏ヲ甘受セントスルニ非サルナリ
本講義ハ其目的商法第三編第十章保險ノ研究ニ在リ故ニ主トシテ法律ノ方面殊ニ私法的规定ニ付テ之ヲ研究スヘク唯タ時間ノ許ス限リ公法の方面及ヒ經濟の方面ニ亘リテ之ヲ攻究センコトヲ欲ス以下是ヨリ本論ニ入ラン

第一編 總則

第一章 保險ノ起源

保險ノ起源ニ付テハ學者間ニ甚タ異論多ク或ハ古代ヨリ存シタリト曰ヒ或ハ中世ニ於ケル海上商業ト其ニ發達シタルモノナリト曰ヒ希臘、羅馬時代以前ニマテ遡リテ研究スル者少カラス此等ノ歷史的研究ハ固ヨリ必要ニシテ且趣味多シト雖モ茲ニ之ヲ詳細ニ研究スルノ餘裕ヲ有セサルカ故ニ唯タ二三ノ學說ヲ研究スルニ止メン

或學者ハ曰ク「現在ノ相互保險ノ組織ハ其源ヲ古代ノ「ギルド」ト稱スル一種ノ組合ニ存ス 古代ノ人民カ相互ノ救済スル目的ヲ以テ一ノ組合ヲ組織シ水害、火災及ヒ盜難等ニ原因シテ組合員カ受ケタル損害ヲ填補スルヲ目的トシ此等ノ填補ニ必要ナル費用ハ各組合員ノ分擔シテ出資シタルモノヲ以テセリ
此ノ如キ組織ハ支那人「チエートン」人希臘人、羅馬人ノ間ニモ存在シタルモノニシテ此等ノ相互の扶助ヲ目的トスル組合ノ組織ト今日行ハルル相互保險ノ組織トノ間ニハ明瞭ナル連鎖ヲ認ムルコトヲ得ヘシ」ト勿論古代ニ於ケル此種ノ組合組織カ今日發達シタル相互保險ノ組織ト其原理ヲ全ク同ウスルハ斷言スルヲ得サルヘシト雖モ兩者ノ間ニ類似セル點多ク何等カノ連鎖アルコトハ多數學者ノ認ムル所ナリ而シテ此等ノ時代ニ在リテハ保險料ヲ徵收シテ保險ヲ爲ス事業ハ未タ行ハレサリキ
保險料ヲ徵收シテ保險ヲ爲スニ至リタルハ地中海ニ於ケル國際の商業發達シテ此等ノ商業ヲ保護スル爲メ先ツ海上運送保險ノ形ニ於テ成立スルニ至リタリ左レハ保險法ハ初ハ國際の慣習法ノ性質ヲ有シ後ニ至リテ各國其法制ヲ認ムルニ至リタルモノナリ而シテ保險料ノ徵收ニ依リテ經過スル保險事業カ地中海ニ於ケル海上商業ノ進步ニ伴ヒテ發達シタルモノナルコトニ付テハ學者間ニ異論ナキカ如シト雖モ其如何ニシテ發達シタルカニ付テハ種種議論アルモノノ如シ或學者ハ曰ク「保險料ヲ徵收シテ保險事業ヲ經過スルニ至リタルハ第十三世紀以來冒險貸借ニ基キテ發達シタルモノナリ蓋シ冒險貸借ニ於テハ海上ニ於ケル危險ノ發生シタル場合ニハ債務者ハ債務ノ履行及ヒ利子支拂ノ義務ヲ免レ之ニ依リ債務者カ海難ニ因リテ受ケタル損害ヲ償フコトヲ得タリ此ノ如ク債權者タル者ハ初ハ債務者ニ或金額ヲ貸與シ若シ海難發生スルトキハ其債務ヲ免除スルヲ常トシタリシカ其後ニ至リテハ之ヲ變更シテ海難カ發生シタル場合ニ始メテ或金額ヲ與フルヲ以テ慣習ト爲スニ至レリ而シテ初ハ其金額ヲ豫メ特定シタルモ後ニハ海難ニ因リテ生シタル損害ニ相當スル金額ヲ與フルニ至リタリ其後更ニ債務者ハ海難發生ノ際ニ於テ全然債務ノ履行ヲ免除セラルルニ非スシテ少トモ利子即チ保險料ヲ債權者ニ支拂ハサルヘカラサルニ至レリ此ノ如ク海上保險ハ發達シタルモノナリ」ト尤モ海上保險ハ冒險貸借ニ基

キテ發達シタルモノナリト云フ議論ニ付ハ他ニ種種異論アルモノノ如シ

此ノ如ク海上保險ハ地中海ニ於ケル商業ノ發達ト共ニ發達シ此海上保險ニ基キテ他ノ諸種ノ保險ノ發達ヲ見ルニ至レリ生命保險ト雖モ古來人生ノ吉凶相慶吊スル狀態ヲ以テ生命保險ノ核子ナリト爲ス議論モアリト雖モ今日發達セル保險ノ形ヲ具フルニ至リタルハ海上保險ノ發達ニ基キタルモノナリ即チ海上保險カ先ツ海上ニ於ケル商品ノ運送ノ危險ニ付テ發生シタル如ク初メハ海上ニ於テ航海ヲ爲ス人ノ生命ニ關シテ保險カ行ハルルニ至レリ即チ航海ニ基キテ發生スル生命、身體ノ危害即チ海上旅行中ニ於ケル災害ニ對スル生命保險カ粉メラルルニ至レリ其後統計ノ進歩ト共ニ死亡生殘表ヲ作り死亡率ヲ算シテ今日ニ於ケル各種ノ生命保險カ漸次ニ發達スルニ至リタルモノナリ

保險ノ法制ニ付テ見ルニ羅馬法ニ保險契約ナルモノ存在シタルヤ否ヤ議論多シト雖モ少クモ今日發達セル保險ノ形ヲ成セルモノハ存在セザリシナラン千三百十年「フランドル」侯カ其人民ノ請求ニ因リ保險團體ノ創設ヲ認可シ商人カ一定ノ保險料ニ對シテ自己ノ商品ヲ保險ニ付スルコトヲ得ルニ至リタルコトアリ然レトモ海上保險ノ法制ノ最モ古キモノハ千四百三十五年ニ發布セラレタル「バーセロナ」ノ法制ナリトス之ヲ始メトシテ歐洲ノ各商業都府ニ同様ノ法制ノ行ハルルニ至レリ即チ「アントワープ」

「ゼノア」「アムステルダム」及ヒ「ハンブルヒ」等ニハ十六世紀ニ、倫敦、巴里及ヒ北獨逸地方ニハ十七八世紀ニ於テ行ハルルニ至レリ即チ保險カ地中海ノ商業發達スルト共ニ保險法ハ國際的慣習法トシテ先ツ存在セシモ商人團體ノ自主權ニ基キテ商業都府ノ法制ト爲リ更ニ國家ノ法制ト爲ルニ至レリ

獨逸ニ於テハ前ニモ述ヘタル如ク十八世紀ノ前年ニ於テ既ニ保險ニ關スル特別刑法存在シタリ然レトモ皆海上保險法ナリキ而シテ保險法典ニ付テハ千七百六十六年普國保險法發布セラレ又千七百九十四

年發布ノ普國「ランドレヒト」ニハ海上保險及ヒ陸上保險ノ規定ヲ爲セリ獨逸帝國法律トシテハ帝國商法典中ニ海上保險ノ規定トシテ存シ其他ノ保險ニ關スル法制ハ各聯邦ノ隨意ニ定ムル所ニ依レリ然レトモ千九百二十年ニ至リ保險契約法案ナルモノ發布セラレ其中ニハ損害保險、生命保險及ヒ災害保險ニ關スル規定ヲ包含セリ此草案カ法典トシテ發布セラルルニ至ラハ獨逸ノ保險法ハ統一セラルルニ至ルヘシ

佛國ニ於テハ千八百七年ノ商法法典ニハ保險ニ關スル規定ヲ包含セリ蓋シ我法典ハ千六百八十一年發布ノ「オルドナンス」ド、ラ、マリオン」即チ海上法ニ其基礎ヲ有スルモノニシテ海上保險ニ關スル規定ノ三ヲ有セリ而シテ千八百六十四年發布ノ佛國民法法典ハ保險契約ヲ射倖契約ノ一ト爲シ其第一九六四條ニ射倖契約ノ意義ヲ掲ケ保險契約、航海ノ危險ニ於ケル貸借、遊戲、賭博及ヒ終身年金權ノ契約ヲ以テ射倖契約ト爲シ其末項ニ保險契約及ヒ航海ノ危險ニ於ケル貸借ハ海上法律ニ依リテ之ヲ規定スト爲セリ

而シテ此等法制ノ狀態ヲ考フルモ海上保險ト商業トノ關係及ヒ海上保險ノ發達ト他ノ諸種ノ保險ノ發達トノ關係カ如何ニ密接ナルカ其一斑ヲ想像スルニ難カラスト謂フヘシ

第二章 保險ノ概念

保險トハ多數ノ人カ同様ノ事故ニ遭遇セントスル虞アル場合ニ於テ其中ノ少數ノ人カ果シテ事故ニ遭遇シタルトキ其事故ノ發生シタルニ因リテ生シタル結果ヲ多數ノ人ニ分配シ以テ少數ノ人ノ負擔ヲ可成輕減セントスルニ在リ而シテ茲ニ事故トハ人ノ生死ニ關スル事故及ヒ物ノ損失ニ關スル事故ヲ謂フ

然シテ此事故ニ遭遇セシトスル虞ヲ指シテ危險ト謂フ危險トハ既ニ發生シタル危害ノ意味ニ非スシテ將ニ危害ノ發生セントスル虞アル狀態ヲ指シテ謂フモノナリ近年保險ノ發達ト共ニ危險ノ意義益々擴張セラレテ必スシモ將ニ遭遇セントスル危害若クハ損害ノミノ意味ニ限ラスシテ或一定ノ事故ニ遭遇セントスル虞ヲ指シテ危險ト謂フニ至レリ例ヘハ人カ果シテ死亡スルヤ否ヤ又或期間内生存スルヤ否ヤ又有價證券ノ償還、抽籤ニ當籤スルヤ否ヤ等ノ事故ニ付テモ之ヲ危險ト謂フニ至レリ故ニ危險ハ單ニ危害若クハ損失ヲ被ラントスル虞ヲ謂フモノニ非スシテ或一定ノ事故ニ遭遇セントスル虞ヲ謂フモノナリト解スルヲ至當トスヘシ而シテ事故發生ニ因リテ生シタル結果トハ損害保險ニ在リテハ經濟的ノ損害ヲ指スモノニシテ生命保險ニ在リテハ人ノ生死ニ關スル事實ノ影響ハ之ヲ損害ナリトシテ測定スルコト能ハス隨テ多ク生命保險ニ在リテハ人ノ生死ニ關スル事實ノ影響ハ之ヲ損害ナリトシテ測定スルコト能ハス隨テ多數ニ分配スルコト能ハス故ニ損害ノ測定ニ代ヘテ豫メ一定ノ金額ヲ定メ之ヲ多數人ヲシテ負擔セシムルナリ此等ノ點ニ關シテハ保險學理上及ヒ我商法ノ規定最モ困難ニシテ且趣味アル問題ノ伏在スル所ナレトモ茲ニ詳論スルハ其處ニ非サルヲ以テ後ニ生命保險ノ性質ヲ説ク場合ニ於テ詳ニ之ヲ研究セントス

抑モ物理學者ハ物質不滅ノ原則ヲ説キテ曰ク宇宙ノ萬物總テ其物質ヲ減失スルコトナシ例ヘハ雨ハ降リテ溪流又ハ地下水ト爲リ合シテ河ト爲リ海ト爲リ更ニ蒸發シテ雲ト爲リ霧ト爲リ雨ト爲ルカ如シ物質ハ時ニ依リ處ニ依リ其外形ヲ變化スルコト種種ナリト雖モ到底減失スルコトナシト是レ萬古不易ノ真理ナルヘシト雖モ物理學ノ範圍ヲ出テテ法律上、經濟上、人間社會ニ於ケル萬物ノ狀態ヲ觀ルニ物體

ノ毀損若クハ減失ナシト云フヲ得ス彼ノ山頭ノ巨巖巖巍トシテ萬古ノ歴史ヲ代表スルカ如シト雖モ雨ニ打タレ風ニ曝サレ幾星霜ヲ經ルニ於テハ自然ノ作用ニ因リ石ト爲リ砂利ト爲リ砂ト爲リ又土ト爲ルノ期アルヘシ吾人ハ之ヲ以テ巨巖猶存スト云フ能ハス況ヤ吾人ノ四圍ニ存在シ經濟活動ニ重要ナル要素タル經濟的貨物ノ如キ豈毀損若クハ消耗ナカラシヤ之ヲ經濟上物ノ損失ト謂フヲ憚ラサルナリ

又哲學者ハ或ハ靈魂不滅ノ說ヲ主張スヘシ人ノ靈性ハ長ヘニ死滅セスト曰ハン然レトモ秦ノ始皇ト雖モ老衰セサル能ハス死亡ヲ免ルル能ハス人老衰スレハ自ラ扶養スル能ハス人死亡スレハ妻孥路ニ迷フナキヲ期スル能ハス人ハ其老衰若クハ死亡ニ對シテ自ラ計ヲ爲ササルヘカササルナリ

左レハ人ハ物ノ損害ヲ防遏シ又老衰死亡ニ對スル善後策ヲ講セサルヘカラス左レトモ遂ニ全ク之ヲ免ルル能ハス人ニハ疾病アリ傳染病アリ又殺傷アリ物ニハ火災アリ盜難アリ又破壞アリ天災ニハ地震、雷火、旱魃アリ又風水、雹霜ノ害アリ左レハ物ノ損害ヲ來シ人ノ死亡ヲ招クノ原因タルヤ種類ニ於テ數量ニ於テ甚タ夥多ニシテ人ハ安座睡拱シテ此等ノ事故ノ蹂躪ニ委スル能ハス出來得ル丈ケ之ヲ防止セサルヘカラス然レトモ之カ防止ニ付テ豫メ防禦メ方法ヲ講シ得ルモノアリ又既ニ發生シタル事故ヲ抑壓シテ之ヲ防止シ得ルモノアリ然レトモ吾人人力ヲ以テ到底之カ防止ヲ爲シ得サルモノアリ此等ニ付テハ吾人ハ消極的ニ既ニ發生シタル事故ノ善後策ヲ講スルノ外ナシ保險ハ此善後策ノ一ニ外ナラス即チ豫防ノ法ニ非ス抑壓ノ策ニ非ス既ニ少數ニ對シテ發生シタル事故ノ結果ヲ多數ニ分配シ以テ其結果ニ基ク少數ノ負擔ヲ成ルヘク輕減セシムルヲ以テ目的トス

蓋シ人ノ死亡ニ關シテハ例ヘハ上水下水ノ疏通ノ法ヲ講シ衛生清潔ノ法ヲ強行シ種痘若クハ檢疫ヲ強制スル等種種ナル豫防方法ヲ講スヘク又傳染病ニ關シテハ之ヲ診察シタル醫師ニ届出ノ義務ヲ負擔セ

シメ病者ハ交通ヲ遮斷シ一定ノ避病院ニ送ルカ如キ種種ナル抑壓方法ヲ講スヘシ物ノ損害ニ付テハ火災ニ在リテハ屋上制限ノ法令ヲ設ケ船舶ニ付テハ海上衝突豫防規則ヲ置キ或ハ燈臺、浮標ヲ設ケ以テ災害ノ豫防ニ力メ又火災ニ在リテハ消防機關ヲ置キ船舶ニ在リテハ海難救助ノ法ヲ設ケテ以テ災害ノ抑壓ニ努ム其他水害ニ對シテハ砂防法ヲ設ケ虫害ニ對シテハ害虫豫防法ヲ定ムルアリ此等ハ法令上行政上箇人ノ自由ヲ束縛スルヲモ順ミスシテ公益ノ爲メニ國家カ強制スル極端ナル豫防若クハ抑壓ノ方法ニ外ナラス此以外ニ在リテ箇人カ自ラ其生命ヲ庇護シ其財産ヲ保全スルニ付キ豫防若クハ抑壓ノ方法ヲ講スルニ至リテハ更ニ茲ニ喋喋スルヲ要セサル所ナリ此ノ如ク吾人ハ國家ノ助力ト自己ノ警戒トニ依リ諸種ノ事故ヲ發シシメントスル危險ト常ニ戰闘ヲ爲シ之ヲ豫防シ之ヲ抑壓シ以テ死亡ヲ回避シ損害ヲ防遏スルニ汲汲タリ然レトモ死亡若クハ損害ハ到底免ル能ハス吾人ノ人力ニ依リテ豫防又ハ抑壓ヲ爲シ得ルモノハ危險ノ全體ニ對シテハ殆ト九牛一毛ノ感ナクンハ非ス如何ニ文明國ナリト雖モ如何ニ法令ノ制定、行政ノ組織完全ナリト雖モ死亡、火災、海難等竟ニ免ル能ハサルナリ消防機關アリト雖モ風力大ナルトキハ以テ延焼ヲ防止スルニ足ラス航路標識アリト雖モ濃霧ノ際ニ在リテハ衝突、坐礁ナキコト能ハス人ノ疾病、殺傷、犯罪、不法行為亦竟ニ全ク之ヲ防止スル能ハサルナリ況ヤ震災、雷火、風水ノ害ノ如キ今日ノ人智ニ在リテハ危險發生ノ豫測タモ爲シ得サルニ非スヤ此ノ如ク人ノ死亡若クハ物ノ損害ヲ發生セシムヘキ危險ハ其數無數ニシテ或場合ニ於テハ吾人ハ之ヲ甘受スルノ外ナク天災ノ蹂躪ニ放任スルノ外ナキナリ故ニ吾人ハ豫防、抑壓ノ方法ノ外ニ尙ホ其結果ヲ輕カラシムルノ方法ヲ講セサルヘカラス保險本來ノ目的及ヒ意義ハ此點ニ在リ即チ保險ハ避クヘカラル危險ニ遭遇シ之ニ依リテ箇人カ被ルヘキ結果ヲ成ル可ク輕減セシムルヲ目的トス更ニ言ヲ進ムレハ此ノ如キ事

故ニ遭遇セントスル虞アル人々相集リテ其内ノ少數ノ人カ實際此事故ニ遭遇シ之ニ因リテ被リタル結果即チ人ノ死亡若クハ物ノ損失ニ基ク結果ヲ多數ノ各人ニ分配負擔セシメ以テ少數ノ人カ其結果ノ負擔ニ堪ヘスシテ經濟上ノ地位ヲ全ク失墜シ若クハ著シク毀損スルニ至ルコトヲ免レシムルナリ即チ其結果ヲ多數ニ分配シテ其惡影響ヲ輕減セシムルヲ以テ保險ノ主旨ト爲スナリ

故ニ保險ハ人ノ生死若クハ物ノ損失ニ關スル事故發生ノ結果ヲ豫防シ若クハ既ニ發生シタル結果ヲ抑壓スル效力アルモノニ非ス此等結果ノ發生ノ數ヲ減少セシムル能ハス又其結果ヲ全減セシムル能ハス唯タ結果ニ基ク影響ヲ輕減セシムル働キ即チ消極的ノ働キニ過キス然レトモ保險事業カ國民經濟上國家社會上種種ナル方面ニ與フル影響ヲ詳ニ觀察スレハ其效果ノ著大ナルヲ見ルヘシ文明諸國ノ例ニ徴スルニ自己ノ過失又ハ懈怠ニ因ラサル不測ノ不幸ノ爲メニ經濟上最モ不遇ノ地位ニ沈淪スルコト多シ保險ハ此等ノ人及ヒ其家族ヲ饑餓ヨリ救フノミナラス更ニ再舉ノ資ヲ與ヘ此等ノ人カ不測ノ災ニ因リテ修忽ノ間ニ經濟上ノ地位ヲ全然滅却セントスルカ如キ危險ナル地位ヲ脱セシムル左レハ保險ハ之ニ依リテ箇人ノ經濟活動ヲ活潑ナラシメ企業心ヲ振興セシメ遠慮怯懦ノ惡德ヲ排斥シ人カ其拮据經營ニ因リテ取得シタル結果ヲ安全ニ保持スルヲ得セシム此等ノ結果ヲ一朝不時ノ災難ニ因リテ空シク水泡ニ歸セシムルヲ免ルヲ得セシム隨テ保險ハ勤勉企業ノ精神ヲ獎勵ス

左レハ保險ノ原理ハ消極的ノ理由ニ在リト雖モ其經濟上ニ於ケル效果ハ彼ノ箇人各自ノ警戒ニ依リ又ハ國家行政權ノ干涉ニ依リテ行ハル豫防又ハ抑壓ノ方法ニ對シ其效果ニ於テ大ニ之ニ勝ル場合アリト謂ハサルヘカラス蓋シ人智ニ依リテ豫防シ又ハ抑壓シ得ラル災害ノ數ノ程度トハ其ニ比較的ニ僅少ナレハナリ勿論保險ト雖モ有ラユル事故ニ付テ其結果ノ輕減ヲ爲シ得ルモノニ非ス其行ハルニハ

種種ナル條件ヲ要ス其詳細ニ至リテハ保險ノ要件ヲ論スル處ニ譲ラサルヘカテスト雖モ例ヘハ保險ノ行ハル事故タルヤ保險契約關係者カ任意ニ防止シ又ハ發生セシメ得ルモノナラサルコトヲ要ス即チ事故ハ全ク偶然ナルコトヲ要ス又其事故タルヤ箇箇ノ契約ニ付テハ其發生スルコトカ不確定ナルコトヲ要ス初ヨリ確定セル事故ニ付テハ保險ヲ爲ス能ハス又其事故タルヤ多クノ人ニ對シ一般ニ起リ得ルモノナラサルヘカラス等種種ナル要件アリ隨テ保險ヲ爲シ得ル事故ノ範圍ハ狹少ト爲ル是レ保險ノ性質上免レサル所ニシテ之ヲ以テ保險ノ缺點ナリト稱スルハ寧ロ酷ナリト謂フヘシ然レトモ保險ノ經濟上ノ效果ノ重要ナルコト前述ノ如クニシテ而モ保險ニ付セラサル事故ノ範圍ハ益々擴張セラレツツアルハ爭フヘカラサル所ナリ

第三章 保險ノ要件

保險ノ意義ハ危險ノ分配ニ在リ人カ避クヘカラサル事故ニ對シ事故ノ發生ニ因リテ受クヘキ結果ヲ成ルヘク輕少ナラシメンカ爲メニ同一ノ危險ニ遭遇セントスル虞アル多數ノ人ヲ集合シ其中ノ少數カ果シテ危險ニ遭遇シタル場合ニ於テ多數カ被ルヘキ結果ヲ多數ニ分配セントスルモノナリ故ニ保險ノ行ハルニハ先ツ危險ノ存在ヲ必要トス危險トハ人カ一定ノ事故ニ遭遇セントスル虞アル狀態ヲ謂フ必スシモ危害ト云ハス蓋シ保險ノ起源ニ遡レハ危險ハ危害ニ遭遇セントスル虞ナリト解釋スルヲ正當トスヘシ然レトモ保險カ社會ノ經濟活動ニ於ケル重要ナル方面ト爲リテヨリ保險ノ種類カ増加セラレ保險ノ意義カ廣汎ニ爲リタルト共ニ危險ノ種類モ亦増加シ其意義モ亦頗ル廣汎ト爲レリ故ニ今日ニ在リテハ危險ヲ以テ必スシモ危害ニ遭遇セントスル虞ナリト斷言スルコト能ハス一定ノ事故

ニ遭遇セントスル虞ヲ指シテ危險ト謂ハサルヘカラス事故トハ必スシモ常ニ危害ヲ意味セサルナリ唯タ保險ノ性質及ヒ其發達上保險事故ト稱スルモノハ危害ヲ意味スル事多ク危險トハ危害ニ遭遇セントスル虞ヲ謂フト解釋スヘキ場合多キハ毫モ疑ヲ容レサルナリ蓋シ損害保險ニ在リテハ危險トハ常ニ損害ニ遭遇セントスル虞アル狀態ヲ謂ヒ危險ニ遭遇シタル結果ヲ損害ト稱ス故ニ損害保險ハ同種ノ損害ヲ被ラントスル虞アル多數相集リ其中ノ少數カ果シテ損害ヲ被リタル場合ニ於テ此損害ヲ多數ニ分配負擔セシムルモノナリ

生命保險ニ在リテハ危險トハ人ノ生死ニ關スル一定ノ事故ニ遭遇セントスル虞アル狀態ヲ謂ヒ危險ニ遭遇シタル結果ハ必スシモ之ヲ損害ト謂フ能ハス生命保險ハ人ノ生死ニ關スル同種ノ事故ニ遭遇セントスル虞アル多數ノ人カ集合シ其中ノ少數カ先ツ事故ニ遭遇シタル場合ニ於テ其少數カ受クヘキ豫定ノ給付ヲ多數カ分配負擔スルモノナリ

然ルニ生命保險ニ於ケル危險モ亦危害ニ遭遇セントスル事ヲ謂フモノニシテ人ノ生死ニ關スル事故モ亦危害タル事故ヲ意味シ其事故發生ノ結果ハ常ニ損害ナリト曰フ學者多ク我國ニ於ケル保險學者モ此論據ニ基ク者多キヲ信ス然レトモ我商法ノ規定ニ基キテ論スルトキハ前ニ述ヘタル如ク解釋スルヲ正當ナリトス

蓋シ此問題ハ生命保險及ヒ損害保險ノ性質論ノ源ニシテ此二種ノ保險ノ區別ハ保險法學上殊ニ我商法ノ規定上頗ル困難ナル問題ニシテ十分ノ研究ヲ要ス先ツ大體ニ於テ上述ノ如ク解釋シ尙ホ其詳細ハ第二編及ヒ第三編ニ譲ル

此ノ如ク保險ノ要件トシテ先ツ危險ノ存在ヲ必要トシ危險トハ事故ニ遭遇セントスル虞ヲ謂ヒ而シテ

事故ハ損害保險ニ在リテハ人ニ財産上ノ損害ヲ與フル事故ヲ謂ヒ生命保險ニ在リテハ人ノ生命ニ關スル事故ヲ謂フ
而シテ此等ノ事故ハ悉ク保險法上ノ事故ト爲リ得ルモノニ非ス凡ソ財産ノ損害ノ原因タル事故人ノ生死ニ關スル事故タルヤ天災又ハ人爲ノ別ヲ問ハス故意又ハ過失ヲ論セス千種萬態吾人ハ到底之ヲ列擧スルコト能ハス而シテ吾人ハ此等百般ノ事故ニ關シ事故ノ結果ヲ多數ニ分配センカ爲メニ悉ク保險ノ制度ヲ行ヒ得ルモノニ非ス保險制度ノ行ハレ得ル事故ニハ自ラ制限アリ是レ保險カ行ハルルカ爲メニ種種ナル條件ヲ要シ百般ノ事故悉ク此等ノ條件ヲ具備セス其之ヲ具備スルモノハ具備セサルモノニ對シテ寧ロ極メテ少數ナリ

本章ニ於テハ主トシテ此危險ノ意義ヲ論セント欲ス

一 事故ノ發生ハ偶然ナルコトヲ要ス 即チ當事者ノ意思ニ依リテ恣ニ之ヲ發生セシメ若クハ之ヲ助長シ又ハ其發生ヲ防止シ得ルカ如キモノナラサルコトヲ要ス又物ノ性質ニ基ク自然ノ損失例ヘハ腐敗或ハ物ノ使用ニ因リ自然ニ生スル事故ノ如キハ之ヲ偶然ナリト謂フヘカラス

損害保險ニ在リテハ當事者ノ意思ニ因ラザリシ事故ノ發生ニ因ル結果ニ對シテ存在スルヲ通常トス若シ任意ニ發生セシメ得ル事故ニ對シテ保險金額ヲ支拂フコトヲ約スルニ於テハ保險者ノ負擔セラル保險ノ事故ハ悉ク發生スヘク少數ノ受クヘキ給付ヲ多數カ分擔シテ各人ノ負擔ヲ輕減セシメントスル保險ノ趣旨ハ到底行ハルヘキニ非ス(尤モ生命保險ニ在リテハ事故ノ發生ハ必スシモ偶然ナルヲ要セス當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ其發生又ハ不發生ヲ助長シ得ル場合ノミナラス事故ノ發生又ハ不發生カ全ク當事者ノ意思ニ依リテ決定マル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ保險事故ト爲シ保險者カ其危險ヲ引受クルコトアリ例

ヘハ死亡保險ニ於テ自殺者ニ對シテモ仍ホ保險金ヲ支拂フ場合ノ如シ

二 事故ノ發生ハ不確定ナルコトヲ要ス 而シテ其不確定ナルコトハ通常其事事故カ果シテ發生スヘキヤ否ヤ發生スルコトセハ如何ニ發生スヘキヤカ將タ何時發生スヘキヤニ付キ不確定ナルコトヲ謂フ而シテ或場合ニ於テハ單ニ何時發生スヘキヤカ不確定ナルヲ以テ定マル場合アリ例ヘハ死亡保險ノ如シ若シ事故カ發生セサルコト確定セルモノナラハ保險ノ必要ナク又保險ノ起ルヘキ理由ナシ又事故ノ發生カ確定セルモノナラハ保險ヲ爲ス能ハス保險ハ其保險事故カ發生スルヤ否ヤ分明ナラサルニ依リテ行ハルルモノナリ換言スレハ其分明ナラサル地位ニ在ル多數ノ者カ少許ノ出捐ヲ爲シテ其中ノ少數カ實際事故ニ遭遇シタル場合ニ於テ之ヲ少數者ニ給付セントスルナリ故ニ事故發生ノ虞ナケレハ保險ヲ爲スニ及ハス又事故カ必ス各人ニ發生スルコト確實ナラハ各人ハ自己ノ受クヘキ結果ヲ各自ニ負擔セサルヘカラス隨テ保險ノ制度ハ行ハレサルナリ故ニ保險ノ行ハルルニハ事故ノ發生カ不確定ナルコトヲ要ス

而シテ事故發生ノ不確定ハ主觀的不確定ナルヲ要ス凡ソ事物ハ常ニ原因結果ノ關係ヲ有シ宗教上ノ觀念ヨリスレハ百般ノ事物確定セサルハナカルヘシ然レトモ人智ヨリ觀レハ百般ノ事物不確定ナラサルハナシト謂フヲ得ヘシ而シテ事故カ發生スルヤ否ヤハ事實上不確定ナル場合アリ又事故カ發生シタルヤ否ヤヲ知ラサルカ爲メニ事實ハ既定マリ居ルモ其之ヲ知ラサル者ニ對シテハ不確定ナル場合アリ玆ニ前者ヲ客觀的不確定後者ヲ主觀的不確定ト假稱セン保險ノ要件トシテノ事故發生ノ不確定ハ必スシモ客觀的不確定ナルヲ必要トセス主觀的不確定ナルヲ以テ足レリトス故ニ事實上ハ事故カ既定ニ發生シ居ルモ若クハ事故ノ發生セサル事カ確定シ居ルモ當事者カ其發生若クハ發生セサルコトヲ知ラサル

間ハ此等ノ當事者ハ此事故ニ關シテ保險ヲ爲スコトヲ妨ケス例ハ海上保險ニ於テ既ニ發航シタル船舶ニ關シ保險契約ヲ締結スル場合ニ於テ此船舶ハ大洋中ニ沈没シタルヤモ知ルヘカラス又安全ニ目的港ニ到達シタルヤモ知ルヘカラス此場合ニ於テ保險契約ノ締結ニ際シ船舶ハ暴風ノ爲メ大洋中ニ沈没シ居リタルモ即チ事故カ事實上既ニ發生シ居リタルモ亦安全ニ入港シテ事故ノ不發生ヲ確定シ居リタルモ該保險契約ノ當事者カ其沈没若クハ入港ノ時日ヲ知ラサル間ハ其船舶ニ付テ有效ニ保險契約ヲ爲スコトヲ得是レ商法第三九七條ニ於テ保險契約ノ當事者カ事故ノ發生若クハ不發生ノ事實ヲ知レルトキハ其契約ハ無効トスト規定セルカ故ニ其裏面ヨリ事故ノ發生若クハ不發生ノ事實ヲ當事者ノ知ラサル間即チ主觀的ニ不確定ナル間ハ其事故ニ付テ有效ニ保險契約ヲ締結スルコトヲ得ト解釋スルヲ得ルナリ

三 事故ノ發生ハ一般のナルコトヲ要ス 一時ニ若クハ定期ニ發生スル事故ニ付テハ保險ヲ爲スコト能ハス又少數ノ人若クハ狹少ナル地方ニ限リテ發生スヘキ事故ニ在リテハ保險ハ行ハレサルナリ蓋シ保險ノ主旨ハ危險ノ分配ニ在リ成ルヘク多數集合シ少數ノ受クヘキ給付ヲ多數ニ分擔セシメ各自ノ負擔ヲ少許ナラシメントスルニ在ルヲ以テ多數ノ者カ事故ニ遭遇セントスル虞アル場合ニ非サレハ保險ハ行ハレス一時ニ若クハ定期ニ事故ノ發生スルモノナラハ其時ニ限リテ多數カ保險ニ加入スヘク隨テ多數カ事故ニ遭遇スヘク又少數ノ人又ハ狹少ナル地方ニ限リテ發生スヘキ事故ニ付テ保險ヲ爲サントスレハ其少數ノ人若クハ其地方ノ人ニ限リテ保險ニ加入スヘク隨テ加入シタル人ノ殆ト全部カ事故ニ遭遇スヘシ此等ノ場合ニ於テ事故發生ニ因リテ少數カ受クル結果ヲ多數ニ分擔セシムルコトヲ得ス即チ危險ノ分配ニ非シテ各自ノ危險ヲ各自カ負擔スルコトヲ爲リ保險ハ成立セサルナリ故ニ事故發生

ノ虞ハ時處及ヒ人ニ依リ制限ヲ受クルモノニ非スシテ時、處及ヒ人ニ於テ廣ク分布セラレルモノナラコトヲ要ス
四 事故ノ發生ハ平均的ナルヲ要ス 時ト場所ニ於テ偏シテ發生スル事故ニ付テハ保險ヲ爲スコト能ハス震災又ハ水害ノ如キ容易ニ發生セサルモ一度發生スルトキハ都市ヲ埋没シ町村ヲ荒廢セシムルカ如キ偏シタル危險ニ付テハ行ハレサルナリ此等ノ事故ニ付テハ豫メ多數者ノ爲スヘキ出資ヲ定ムルコト困難ニシテ且危害ノ豫測ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ保險者ハ到底危險ノ負擔ニ堪ヘサルナリ
五 事故ノ發生ハ之ヲ測定シ得ルコトヲ要ス 蓋シ箇人ニ取リテハ危險ハ常ニ測定スルヲ得ス偶然ニシテ不確定ナルカ故ニ保險カ行ハレ得ルナリ箇人カ其發生ヲ測定シ得ル事故ニ付テハ保險ハ行ハレサルヘシ然レトモ多數ノ集合ヨリ觀レハ事故發生ノ虞ハ測定シ得ルコトヲ必要トス蓋シ保險ハ過去ニ於ケル事實ノ統計ヲ基礎トシ其大數ヲ計算シテ以テ將來ニ於ケル事故發生ヲ豫測シ得ルヲ要ス例ハハ生命保險ニ於テ或人カ一定ノ年齢ヲ超エテ猶ホ生存スヘキヤ否ヤハ死已統計ニ基クテ生殘表ニ依リテ少クトモ平均的ニ測定スルヲ得ヘシ又火災保險ニ於テハ過去幾年ノ經驗ニ依リテ作リタル火災統計ニ基キテ一箇年間大凡幾何ノ火災ニ因ル損害アルヘキヤハ平均的ニ測定スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク發生ノ度ヲ大數ニ付テ豫測シ得ルモノニ非サレハ保險ハ行ハレス何トナレハ自己ノ負擔ニ付キ大體ノ標準サヘ定ムルコトナクシテ危險ヲ負擔スルコトハ何人ト雖モ爲シ能ハサル所ナレハナリ
六 保險ノ行ハルルニハ常ニ有價ナルコトヲ要ス 少數ノ受クヘキ給付ハ多數ノ出資ニ依ラサルヘカラス多數カ出資スルハ義相のニ之ヲ爲スモノニ非ス多數モ亦事故ニ遭遇スル虞アルモノナルカ故ニ自己カ事故ニ遭遇シタル場合ニ於テハ給付ヲ受ケントスル希望ニ對シテ出資ヲ爲セルナリ即チ危險ノ引

受ノ對價トシテ出資セルモノナリ而シテ多數ノ出資ナクハ危險ノ分配ハ其意味ヲ爲サス即チ保險ハ行ハルコト能ハス是レ保險ノ行ハルニハ常ニ有價ナラサルヘカラスト云フ所以ナリ
七、事故ノ發生ニ因リテ受クヘキ結果ハ箇人ニ取リテハ著大ナルモ多數ニ取リテハ輕易ナルモノナラサルヘカラスト、事故發生スルトモ其結果ニシテ箇人ニ取リテ甚タ輕微ナルモノナランニハ何人モ好ミテ保險契約ノ煩ヲ取ルモノアラサルヘシ然レトモ其結果ハ多數力之ヲ分擔スルニ當リテハ各自ニ對シテ容易ナルモノナラサルヘカラスト其分擔力多數者ノ各人ニ對シ著大ナル苦痛ヲ與フヘキ場合ニ於テハ誰カ保險ニ加入センヤ例ヘハ地震若クハ洪水ニ基ク災害ノ如キハ其損害ノ額頗ル巨大ニシテ之ヲ各人ニ分配スルモ各人ノ負擔ハ容易ニ非サルナリ故ニ此ノ如キ危險ニ對シテハ保險ハ容易ニ行ハレサルナリ
八、保險ハ大組織ニ行ハルコトヲ必要トス、大組織ナラサレハ危險ノ測定安全ナルヲ得ス箇箇ノ保險ハ大膽ナル冒險ニ過キス然レトモ保險者カ同種ノ保險ヲ大ナル範圍ニ於テ多數ノ人ト契約スルトキハ事故ノ發生ハ自ラ其平均ヲ得ルニ至ルヘシ或場合ニ於テハ事故ノ發生ハ其豫想シタル平均ヲ破リテ超過スルカ爲メ保險金額支拂ノ請求豫想ヨリ多ク到底平均數ニ基キテ計算シタル保險料ニテハ其支拂ニ不足ヲ告クルコトアリ隨テ保險者ハ損失スルコトアルヘシ然レトモ又或場合ニハ事故ノ發生カ平均數以下ニ下リ支拂フヘキ保險金額少クシテ集メ得タル保險料ニ剩餘ヲ生シ保險者ニ利益ヲ與フルコトヲ得ヘシ左レハ多數ノ人、長キ時期及ヒ廣キ場所ニ於ケル事故ノ發生ハ大體ニ於テ平準ヲ得ヘク少トモ少數ノ人、短キ時期及ヒ狹キ場所ニ於ケルヨリモ平均ヲ得ルコト便宜ナルヘシ事故ノ發生平準ヲ得ルトキハ保險事業ヲ經營スル者ハ事故ノ發生ヲ成ルヘク正確ニ確定スルコトヲ得ヘク之ニ依リテ保險料ヲ算出シ保險金額ヲ豫想スルヲ得ヘシ故ニ保險事業ハ其經營大ナルニ隨ヒ事故ノ發生ハ平準ヲ得

隨テ事業ハ安全ニシテ且發達スルヲ得ヘシ保險ハ其基礎ヲ正確ナル學理ニ置キ精密ナル統計ニ依リ危險ノ過失ナキヲ力ムルト雖モ天爲ハ人智ノ上ニ在リ天災地變ハ常ニ吾人ノ豫想ニ伴フモノニ非ス況ヤ保險ハ偶然ニシテ不確定ナル事故ノ發生ヲ擔保スルモノナルニ於テヤ事故ノ發生カ偶々、例外ヲ生スルハ蓋シ己ムヲ得サル所ナリ故ニ多數ノ契約者ヲ集合スルヲ得ハ其一部ニ於テ例外的ニ事故ノ發生續發スルモノ之ヲ多數ニ分配スレハ其結果ハ輕少ナルヲ得ヘク廣闊ナル場所ニ分布スルヲ得ハ局部ニ偏シテ事故續發スルモノ被ルモ發生セサル廣キ場所ヨリ得タルモノヲ以テ補充スルヲ得ヘク又或事業年度ニハ例外的ニ不利益ヲ被ルトモ次年度ノ利益ニ由リテ之ヲ填補スルコトヲ得ヘシ故ニ多數ノ契約者繼續セリ期間及ヒ廣闊ナル場所ニ依リテ偶然不確定ナル事故ノ發生ヲ吾人ノ豫想ニ近似セシメ始メテ事業ノ安全ト發達トヲ期スルコトヲ得ヘシ而シテ此危險ノ計算力調和ヲ得ルノ利益ハ獨リ保險者ノミカ之ヲ受クルモノニ非ス保險契約者及ヒ被保險者モ亦之ヲ享有ス何トナレハ保險者ノ事業經營カ冒險的ナルニ隨テ保險者ハ益、多クノ保險料ヲ要求スヘク其冒險ノ僥倖ナル場合ニハ保險者ハ意外ノ利ヲ得ヘキモ保險契約者及ヒ被保險者ハ何等ノ得ル所ナシ然トモ不幸ニシテ些少ノ蹉跌タモアラハ被保險者ハ保險者ノ不用意ニ因リテ保險金ヲ受クルコト能ハサルノ虞大ナルヘシ此ノ如クシテハ保險ハ全ク一ノ高利貸事業ニ化丁スルナリ之ニ反シテ危險ノ計算力調和ヲ得ルニ隨ヒ保險者ハ益、少額ノ保險料ヲ以テ満足スルニ至ルヘク保險契約者及ヒ被保險者ノ利益大ナレハナリ此等ノ利ヲ知ラシシテ些少偏在セル地方ニ於ケル少數ノ人ト保險契約ヲ締結シ一事業年度ニ少シク利益ヲ得レハ悉ク株主ニ配當シテ願ミサル如キハ全ク保險ノ何タルヲ知ラサルモノニ外ナラスシテ事業ハ到底發達セサルノミナラス失敗ニ終ルヘキハ火ヲ賭ルヨリモ明カナリ

此ノ如ク保險事業ハ其性質上大組織ナラサルヘカラス獨逸ノ或學者此點ニ關シ說ヲ爲シテ曰ク獨逸舊商法ニ依レハ保險ノ大組織ヲ以テ保險ノ一般的要素ナリト謂フコト能ハサルヘシ何トナレハ商法ノ條文ハ明カニ保險料ヲ徵收シテ爲ス保險ノ引受ハ箇箇ノ契約ヲ締結スル場合ニ於テモ商行爲ナルコトヲ示セリ而シテ保險契約ノ箇箇ノ締結モ保險ノ意義ト一致セルコト疑ナクレハナリ又新商法ニハ此條文ヲ削除シタリト雖モ之ヲ以テ保險ノ意義ヲ變更シタルモノト觀ルコト能ハサルヘナリ云云ト然レトモ我商法ニ於テハ如何ニ大組織ヲ以テ保險ノ一般的要素ト爲スヤ否ヤト云フニ商法第二六四條ニ主觀的商行爲ヲ列舉シ其第九ニ保險ヲ揭ケタリ而シテ本條ニ依レハ保險力商行爲タルハ之ヲ營業トシテ爲サルヘカラス又保險業法第二條ニハ「保險事業ハ株式會社又ハ相互會社ニ非サレハ之ヲ營業トシテ爲サルヘカラス而シテ相互保險會社ノ經營スル保險事業ハ營理事業ニ非ス故ニ保險ヲ營業トシテ經營スル場合ニハ株式會社ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス左レハ明治三十三年保險業法施行以來ハ保險事業ハ簡人ノ組合合名會社合資會社及ヒ株式合資會社ノ如キ人の信用ヲ以テ其主要ナル基礎ト爲シ其性質上永久的ノ存在ニ適合セス組織ノ比較的狹少ナルヲ免レサルモノヲ以テ保險事業ヲ經營スルコトヲ許サス保險事業ノ經營ハ株式會社及ヒ相互會社ニ限リテ之ヲ認許スルコトヲ殊ニ營理事業トシテ保險事業ヲ行フ場合ニハ單ニ資本團體タル株式會社ニ限リタルヲ觀レハ我國ニ於ケル保險ニ關スル立法ノ趣旨ハ亦事業ノ大組織ヲ以テ保險ノ一般的要素ナリト認メタルモノナリト云フモ敢テ過言ニ非サルヘシ

第四章 保險契約ノ性質

保險ニハ損害保險ト生命保險アリ兩者其性質ヲ同ウセス故ニ保險契約ノ性質ヲ論スルニ付テモ兩保險

契約ノ性質ヲ合シテ説明スルハ困難ナリト雖モ茲ニハ單ニ總論トシテ兩者ニ共通ナル性質ニ付テ説明セントス

第一 保險契約ハ雙務契約ナリ 我商法ニ於テハ第三八四條及ヒ第四二七條ニ損害保險及ヒ生命保險ノ意義ヲ示シタリ之ニ依ルモ保險契約ノ雙務契約ナルコト自ラ明カナリ蓋シ保險契約ハ保險者ト保險契約者トノ間ニ締結セラレ之ニ依リテ保險者ハ事故カ發生シタル場合ニ於テ被保險者ニ對シ財産上ノ給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒ保險契約者ハ常ニ保險者ニ對シ保險料即チ保險者カ危險ヲ引受クルニ對スル報酬ヲ支拂フヘキ義務ヲ有ス

保險者ハ同様ノ危險ニ遭遇スヘキ虞アル多數ノ保險契約者ト契約ヲ爲シ其各契約者ヨリ僅少ノ保險料ヲ集メテ其中ノ少數者ハ果シテ事故ニ遭遇シタル場合ニ於テ或ハ之ニ一定ノ金額ヲ給付シ或ハ財産上ノ損害ヲ填補スルモノナリ而シテ事故ニ遭遇シタルカ爲メニ少數者ニ與フヘキ給付ニ必要ナル額ニシテ之ヲ多數者ヨリ出捐セシムル爲メ多數ニ割賦シタルモノヲ以テ純保險料ト稱ス換言スレハ此純保險料ハ保險事故ノ發生カ保險者ノ豫想ト全然合致スルトキハ保險者カ保險契約ニ依リ支拂フヘキ保險金額ヲ全ク支拂ヒテ過不足ナカルヘキ金額ナリ

然シテ通常保險者カ保險契約者ヨリ受クル報酬即チ危險ヲ引受クルニ付テ支拂ハルヘキ對價中ニハ純保險料ヨリ尙ホ多クノモノヲ包含ス即チ事故ノ發生ノ豫測ニ差異ヲ生シタルカ爲メ純保險料ニ不足ヲ生スヘキ場合ニ補充セシムル爲メ附加シテ見積ラレタル金額及ヒ保險者カ保險事業ヲ經營スルニ必要ナル費用殊ニ營利保險ニ在リテハ株主カ受クヘキ相當ノ利益ノ財源トナルヘキモノヲ附加セラルナリ故ニ此純保險料ニ附加セラレタル保險料ヲ附加保險料ト謂ヒ兩者ヲ合シテ營業保險料ト稱ス相互保險

ニ在リテハ保險料ハ純保險料ノミナリト云フ者アリト雖モ事業ヲ經營スルニハ相互組織ノ保險會社ト雖モ一定ノ基金ヲ出資スルコトヲ必要トス現ニ我保險業法ニ依レハ相互會社ノ基金ハ十圓ヲ上ルコトヲ得スト爲セリ此基金ニハ相當ノ利子ヲ支拂ヒ又漸次之ヲ償却セサルヘカラス相互會社ト雖モ事業經營ニ費用ヲ要シ又純保險料ノ算出ニ違算ヲ來スコトナキヲ保セス故ニ事業經營上ヨリ謂ヘハ到底純保險料ノミニテハ足ラサルナリ

第二 保險契約ハ諾成契約ナリ 保險契約ニ於テ保險者カ事故發生シタル場合ニ或給付ヲ爲スヘキ義務即チ損害保險ニ在リテハ財産上ノ損害ノ填補ヲ爲シ生命保險ニ在リテハ一定ノ金額ヲ給付スヘキ義務及ヒ保險契約者カ保險者ニ對シテ報酬ヲ與フヘキコト即チ保險料支拂ノ義務ニ付テ完全ナル合意カ成立スルトキハ此合意ニ因リテ保險契約ハ成立シ雙方ノ當事者ヲ拘束スル效力ヲ生ス然シテ保險者ノ給付ノ義務及ヒ保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ其ニ契約ニ因リ互ニ獨立シテ發生ス故ニ一方ノ當事者ノ義務ハ他ノ一方ノ當事者ノ義務履行ヲ條件トスルモノニ非ス保險者ハ保險契約者カ未タ保險拂ヲ支拂ハスト雖モ苟モ事故發生シタルトキハ給付ノ義務ヲ履行セサルヘカラス保險契約者ハ事故發生ノ有無ニ拘ハラズ保險料ヲ支拂ハサルヘカラスナリ

或ハ保險契約ハ踐成契約ナリト説ク者アルカ如シ米國ニ於ケル訴訟事件ニ付キ其裁判官ノ宣告中ニ曰ク原告ハ千八百四十九年ヨリ千八百六十一年マテ年保險料ヲ拂込ミタルニ由リ其契約ヲ履行シタルモノナリ之ト其ニ被告ハ被保險者ノ死亡ニ因リ特定セル金額ヲ支拂ヒ其契約ヲ履行スヘキモノナリ云云ト是ニ由リテ之ヲ觀レハ一方ノ當事者ノ履行即チ保險契約者ノ保險料支拂ヲ條件トシテ他ノ當事者ノ履行即チ被保險者ノ保險金支拂ノ義務發生ト爲スモノノ如シ然レトモ我商法ニ於テハ第三八四條及ヒ

第四二七條ニ於テ保險契約ハ一方ノ當事者カ損害ノ填補又ハ一定ノ金額ノ支拂ヲ約シ一方ノ當事者カ之ニ反シテ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ效力ヲ生ストアル以上ハ保險契約ハ我商法ノ解釋上諾成契約ナルコト明カナルヘシ

第三 保險契約ハ有償契約ナリ 商法第三八四條(損害保險、第四二七條(生命保險))ニ於テ規定セルカ如ク保險契約者ハ常ニ相手方ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ必要トス擔保契約及ヒ保證契約ハ極メテ保險契約ニ類似スト雖モ其差異ノ一ハ有償無償ノ點ニ存ス擔保契約ハ片務的債務ニシテ擔保者ハ擔保ノ義務ヲ有スルノミニシテ何等ノ權利ヲ有セス其相手方ハ擔保者ニ對シテ何等ノ報酬ヲ與フルコトヲ要セス全ク無償ノ契約ナリ保證ハ有償ナルコトアリ無償ナルコトアリ然レトモ必スシモ有償ナルコトヲ必要トセス之ニ反シテ保險契約ニ於テハ保險者カ被保險者ノ有スル危險ヲ引受クルニ對シテ保險契約者ハ常ニ保險者ニ其對價即チ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス

第四 保險契約ハ不要式契約ナリ 保險契約ハ諾成契約ナルコト既ニ之ヲ説明シタル而シテ諾成契約ハ多クハ不要式契約ナルヘシ然レトモ諾成契約ナル點ト不要式契約ナル點トハ全ク著眼點ヲ異ニスルモノタルコト猶ホ保險契約力雙務契約ニシテ有償契約ナリト稱スルコト全ク相同シ第四〇三條ニ依レハ保險契約者ノ請求アルトキハ保險者ハ保險證券ヲ發行スルコトヲ要シ其證券ニハ第四〇三條第二項第一號乃至第九號ノ事項ヲ記載シ保險者ハ之ニ署名スルヲ要スルヲ以テ恰モ要式契約タルカ如シト雖モ保險契約ハ當事者間ニ一定ノ事故、一方カ支拂フヘキ金額之ニ對シテ他ノ一方カ支拂フヘキ報酬ニ付キ完全ナル合意アレハ有效ニ效力ヲ生シ何等ノ方式ヲ必要トセス英法ニ曰ク「保險契約ハ特ニ形式又ハ文書ヲ以テスルコトヲ要セス定款ニ特定ムルニ非サレハ保險契約ハ口頭契約ヲ以テ完全ニ成立ス

云云」又其判決例ニ曰ク「或原告カ被告ノ地方代理店ニ對シ火災保險ニ關スル申込ヲ爲シタリ而シテ其代理店ハ危險ニ對スル或率ニ基キ一定ノ保險料ヲ約シ或保險金額ヲ支拂フヘキコトヲ口頭ヲ以テ契約シ直チニ之ヲ帳簿ニ記入シタリ而シテ其危險ハ率ノ甚大ナルモノナリキ左レハ代理店ハ其危險ヲ減少シ又ハ契約締結ヲ見合スヘカリシナリ然レトモ此代理店ハ其會社ヨリ保險ニ對スル申込ヲ受理シ會社重役カ署名セル白地保險證券ニ適當ノ記入ヲ爲シ之ヲ交付スルヲ常トセリ而シテ此場合ニ於テ斯ル大ナル危險ヲ引受クルニ付テモ代理店ハ之ト同様ナルモノヲ屢々受理シ之ニ關シテ會社ト相談スルコトナクシテ保險證券ヲ發行セリ左レハ此訴訟ニ於テ代理店ハ其權限ノ明瞭ナル範圍内ニ於テ保險ニ對シ口頭ノ契約ノ爲シタルモノナリ而シテ代理店カ被保險者ノ合意ニ依リ其適當ナリト信スル金額ヲ定メタルトキニ於テ此口頭ノ契約ハ成立シ會社ヲ拘束スル效力ヲ有スルモノナリ云云」ト

第五、保險契約ハ射倖[○]の契約ナリ、保險契約カ射倖[○]の契約ナリトハ其契約カ偶然不確實ナル事故ニ基クト云フ點ニ於テ云フナリ當事者ノ權利義務ハ危險ニ繫ル保險ハ保險ノ要素ニシテ其危險ハ果シテ發生スルヤ否ヤ發生スルトキハ如何ニ發生シ何時發生スルヤヲ知ルコト能ハス保險者ハ危險カ發生セザリシ場合ニハ保險料ヲ全ク利得スヘク損害カ發生スレハ之ヲ填補セサルヘカラス又保險契約者ハ損害カ發生セザリシ場合ニハ單ニ保險料ヲ損害カ發生スレハ之ヲ填補ヲ求ムルコトヲ得而シテ此損害ノ發生スルヤ否ヤハ不確定ナリ即チ事故ハ偶然タリ此點ニ於テ保險契約ハ射倖[○]の契約ナリト云フニ過キス保險ハ賭事博奕ノ如ク全ク偶然ノ結果ヲ爭フモノニ非ス即チ投機[○]のモノニ非スシテ一定ノ基礎ヲ有ス其保險ヲ定メ保險金額ヲ約スルニモ皆確實ナル標準ニ基キタルモノニシテ假想的ニ萬一ヲ僥倖スルヲ目的トシテ定メタルモノニ非ス

佛蘭西民法第一九六四條ニ「射倖契約トハ總テノ契約者ノ爲メ若クハ其中ノ一人又ハ數人ノ爲メニ利益及ヒ損失ニ付テノ效果カ不確定ノ事故ニ關スル所ノ相互ノ合意ヲ謂フ此ノ如キモノハ左ノ諸件ナリトス」(一)保險契約(二)航海ノ危險ニ於ケル貸借(三)遊戲及ヒ賭博(四)終身年金權ノ契約、右ノ中初ノ二者ハ海上法律ヲ以テ之ヲ管理スルト規定セリ

又我舊民法財產取得編第七章第一五七條ニ曰ク「射倖契約トハ當事者ノ雙方又ハ一方ノ損益ニ付キ其效力カ將來ノ不確定ナル事件ニ繫ル合意ヲ謂フ」ト而シテ第一五八條ニ「射倖契約ニハ其性質ニ因ルモノアリ當事者ノ意思ニ因ルモノアリ」博戲、賭事、終身年金權其他終身權利ノ設定、陸上、海上ノ保險及ヒ冒險貸借ハ性質ニ因ル射倖ノモノナリ」(第三項略)ト規定シ又同第一五九條ニ「陸上、海上ノ保險及ヒ冒險貸借ハ商法ヲ以テ規定ス」ト規定セリ

此ノ如ク我舊民法及ヒ其母法タル佛蘭西民法ニ於テハ保險ヲ以テ純然タル射倖契約ト爲シ射倖契約タル點ニ於テハ賭事、博奕ト相等シキカ如ク規定スレトモ寧ロ保險ニ對スル舊思想ニ過キス今日ノ保險ハ斯ル投機[○]の冒險[○]のモノニ非ス確實ナル統計ヲ基礎トシ安全ナル計算ニ準據スルモノナリ故ニ射倖の契約ナリト云フハ寧ロ穩當ナラサルヤモ知ルヘカラス然レトモ唯タ其契約ノ要素タル事故ハ偶然ナルヲ要ス事故ノ發生ハ不確定ナルヲ要ス而シテ其發生スルヤ否ヤニ依リテ保險者、保險契約者ノ得失カ其結果ヲ異ニスト云フ點ニ於テノミ射倖の契約ナリト云フニ過キス之カ爲メ保險ヲ以テ投機[○]の、冒險[○]のモノナリトスヘカラス

然レトモ英國ニ於テハ海上保險契約ハ之ヲ印刷シ又ハ文書ニ爲シタル契約ナルコトヲ必要トシ保險料、危險ノ性質、保險金額及ヒ保險者ノ姓名等ヲ明瞭ニスルコトヲ必要トスト云フ

第六 保險契約ハ自由意思ニ基ク契約ナリ 保險契約ハ保險者ト保險契約者トノ間ニ任意ニ自由ノ意思ニ基キテ締結セラルル契約ナリ保險者ハ契約ニ對シ種種ナル條件ヲ附帶スルコトヲ得勿論其條件タルヤ正當ナルコトヲ要シ法令ニ違反シ公益ヲ侵害スルノ條件ヲ附スルコト能ハサルコトハ言フ俟タス而シテ保險契約ニハ保險約款ヲ附スルヲ普通トス所謂保險約款ハ契約ノ内容ヲ成スモノニシテ此約款ニ依リ種種ナル條件ヲ附スルナリ例ヘハ火災保險契約ニ附帶スル約款ニ於テ保險者ノ損害填補ノ責任ハ第一回ノ保險料拂込アリタル後ニ於テ其效力ヲ生ストシ或ハ生命保險契約ニ於テ保險金額ノ支拂ハ被保險者ノ死亡ノ通知到達後六十日間ニ支拂フヘシトシ其他種種ナル約束ヲ定ムルモノニシテ此普通保險約款ハ保險業法第五條、第六條ニ依リ主務官廳ノ認可ヲ受ケシメ第七條ニ約款中ニ定ムヘキ事項ニ付テ規定セリ而シテ第七條ハ此列記事項以外ノモノハ約款ニ加フヘカラストノ趣意ニ非ス即チ限定の規定ニ非スト信ス尙ホ約款ハ主要ナル事項ナレハ後ニ至リテ之ヲ詳述スヘシ

第七 保險契約ハ私法の契約ナリ 保險契約ヲ故ラニ私法の契約ナリト稱スルモノ必要アルハ近世發達シタル所謂勞働保險(アルバイラルフエアジツヘルング)ト稱スルモノニ對シテ之ヲ用フルナリ即チ勞働保險トハ勞働者ニ對スル保險事業ヲ經營スルモノニシテ獨逸ニ於テハ官業組織ニ屬ス故ニ此保險ハ公法の性質ヲ有シ勞働者及ヒ其勞働者ヲ使用セル企業者等カ此保險ノ爲メニスル出資ハ眞ノ保險料ニ非スシテ却テ一ノ租稅タルモノナリ此勞働保險カ特別ニ一ノ名稱ヲ有シ公法の性質ヲ有スルカ爲メ一般ノ保險契約ハ私法の契約ナリト稱スルモノニシテ我國ニ於テハ未タ斯ル公法の性質ヲ有スル保險事業存在セサルカ故ニ私法の契約ナリト明言スルノ要ナキナリ

第八 保險契約ハ對人的契約ナリ 保險ノ目的物如何ヲ問ハス保險契約ハ人ニ對スル契約ナリ保險者ハ之ニ依リテ契約ノ要旨ニ從ヒ被保險者ニ對シ損害ヲ填補セサルヘカラス即チ保險金額ヲ支拂ハサルヘカラス此保險者カ保險契約ニ因リテ生スル債務關係ハ被保險物ニ對シテ生セスシテ人ニ對シテ存スルモノナリ故ニ此債權關係ハ其動產タルト不動產タルト問ハス財產ト共ニ移轉スルモノニ非ス保險者トノ合意ヲ以テ特ニ定ムルニ非サレハ被保險物ト共ニ移轉セス何トナレハ保險ニ付セラレタルモノノ保險ノ目的ハ被保險物ニ非スシテ被保險利益ナリ而シテ被保險利益ハ人カ物ニ對シテ有スル利益關係ナレハナリ我商法第四〇四條ニハ「被保險者カ保險ノ目的物ヲ讓渡シタルトキハ同時ニ保險契約ニ因リテ生ジタル權利ヲ讓渡シタルモノト推定ス」トアリ又其第二項ニ「前項ノ場合ニ於テ保險ノ目的物ヲ讓渡カ著シク危險ヲ變更又ハ増加シタルトキハ保險契約ハ其效力ヲ失フ」トアリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ被保險物其モノノ移轉ニ因リ其被保險物上ニ存シタル保險ニ基ク債權關係カ當然移轉サルヘキモノニ非サルコト明カナリ是レ保險契約ハ對人的契約ナリト謂フ所以ナリ

第九 保險契約ハ獨立の契約ナリ 保險契約ヲ獨立の契約ナリト說ク人アリ其要旨ニ曰ク或契約ニ附帶スル契約ニシテ保險ノ要素ヲ具有スルカ如ク見ユルモノアリ例ヘハ鐵道會社カ其貨物運送ニ付キ通常ノ義務以上ノ責任ヲ引受タルカ如シ即チ此特殊ノ義務履行ノ責任カ因リテ發生スヘキ事故ハ全ク不確定ニシテ又此事故ノ發生ニ因リテ貨物發送者又ハ受取人ニ加ヘタル財產上ノ損害ヲ填補スルコトヲ約シ又會社ハ危險ノ平均數ニ基キテ此責任ヲ引受ク而シテ之カ引受ク對價トシテ發送者又ハ受取人ヨリ特殊ノ報酬ヲ求ム故ニ保險契約ノ要素ヲ具有スルカ如ク認メラルルコトアリ然レトモ單ニ附帶ノ契約ヲ有スルモノニ過キスシテ獨立の契約ナラサルカ故ニ保險契約ニ非ス云云ト此說ヲ以テ直接ニ我商法ニ於ケル保險ヲ論スルコトヲ得ヘキカ疑ナキ能ハス但前說ハ大家ノ學說ナルカ故ニ之ヲ揭ケ

ヲ參考ニ供ス此點ニ付テハ予ハ尙ホ研究中ナルカ故ニ諸君モ大ニ研究セラレンコトヲ望ム
 第十 損害保險契約ハ損害填補ノ契約ナリ 商法第三八四條カ示ス如ク損害保險ニ在リテハ保險契約
 ハ損害填補ノ契約タルコト其ノ要件ナリ損害保險トハ財產上ノ損害ヲ被ル虞アル場合ニ於テ果シテ事
 故ニ遭遇シ損害ヲ受ケタルトキ其損害ヲ填補スルヲ目的トスルモノニシテ保險者ハ其引受ケタル危險
 ニ基キテ發生シタル損害ヲ填補スル義務ヲ有ス然シテ損害ノ填補以上ニ或利益ヲ被保險者ニ與フヘキ
 義務ヲ有スルモノニ非ス換言スレハ損害ノ額ト填補ノ額ハ相殺のナラサルヘカラス回復ヲ受ケヘキ權
 利ハ損害ト平均スルヲ要ス是レ保險ノ趣旨ハ積極的ニ經濟上ノ利益ヲ増進スルモノニ非ス又損害ヲ豫
 防抑壓スルニモ非ス單ニ避クヘカラサル損害ヲ成ルヘク輕易ナラシメントスル本旨ノ結果タリ隨テ我
 商法第三八六條ノ規定ノ示スカ如ク保險金額即チ事故發生ノ際ニ支拂フコトヲ約シタル金額カ被保險
 利益ノ價額即チ保險價額ヲ超過スルトキハ其超過シタル部分ニ付テハ保險者ハ之ヲ支拂フヘキ義務ナ
 キヲ損害保險ノ原則トス是レ損害保險契約ハ事故發生シタルカ爲メ事故發生以前ニ勝リテ利益ヲ取得
 セシムルノ趣旨ニ非スシテ單ニ事故ノ發生ノ爲メニ受ケタル損害ヲ填補スルコトノミヲ目的トスルモ
 ノニ外ナラサレハナリ第三八七條ノ場合モ同一ノ趣旨ニ出テタル規定ナリ前者ヲ超過保險ノ原則ト謂
 ヒ後者ヲ同時保險ノ原則ト稱ス

或ハ「保險契約ニ於テ當事者ハ合意上保險價額即チ被保險利益ノ價額ヲ測定スルヲ以テ保險契約ハ完
 全ナル填補契約ニ非ス」ト曰フ人アリ然レトモ支拂ハルヘキ金額カ豫メ合意ニ依リテ決定セラレルコ
 トハ決シテ損害保險契約カ損害填補ノ契約タルコトヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ其價額ハ被保險者
 カ填補ヲ受クルカ爲メニ標準ヲ定ムルニ過キシシテ填補以上ノ額ヲ定ムルモノニ非ス縱令保險金額ヲ
 定ムルモ保險金額契約當時ノ價額ニ超過スルコトヲ證明スルトキハ其超過シタル部分ハ無効ナリ保險
 者ハ即チ此場合ニ於テ填補ノ義務ヲ有セス是レ保險契約ノ本旨ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ我商法第
 三八六條ニ定ムル所モ亦此趣旨ニ外ナラス

填補ノ方法ニ付テハ金錢ヲ以テ之ヲ爲スヲ至當トス即チ損害額ニ相當スル金錢ヲ以テ支拂ハサルヘカ
 ラス獨逸保險契約法案第四條損害保險規定ニハ「保險者ハ其損害填補ヲ爲スニハ金錢ヲ以テ之ヲ爲
 スコトヲ要ス」トアリ然レトモ實際上此點ニ關シテハ便宜ノ方法ヲ採用シ金錢ヲ以テ填補スル代リニ
 家屋ニ付テハ再築、修繕等ノ填補方法ヲ用ヒ動産ニ付テハ現物賠償ヲ爲ス等種種ナル方法ヲ採レリ
 第十一 生命保險契約ハ一定金額給付ノ契約ナリ 生命保險ニ付テハ種種ナル學說アリ或ハ生命保險
 ハ保險ニ非スト論スル者アリ或ハ生命保險ハ保險ナリトスル者モ損害保險ノ一種ニ過キスト爲ス者ア
 リ或ハ生命保險ハ損害保險ト全ク異ナレハ一種ノ保險ナリト論スル者アリ其詳細ノ議論ニ至リテハ第
 三編ニ譲ルト雖モ我商法ニ於テハ生命保險ハ明カニ保險トシテ規定セラレ之ニ依レハ第一節損害保險
 ト相並ヒテ第二節生命保險トシテ規定セラレルヲ見ル故ニ我商法ヲ論スルニ當リテハ生命保險ハ保險
 ノ一種ニシテ而モ損害保險ニ非ストセサルヘカラス
 而シテ生命保險契約モ亦損害填補ノ契約ナリ即チ人ノ生死ニ關スル事故カ發生シタル場合ニ於テ此發
 生ノ爲メニ受ケタル損害ヲ填補スルヲ以テ目的ト爲ストスル人アリ然レトモ我商法ニ於テハ損害保險
 ニ於テ明カニ損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルコトヲ明示スルニモ拘ハラス(三八四條生命保險ニ於
 テハ亦明カニ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスルコトヲ明示セリ(四二七條之ニ依リテ觀ル生命保險契約
 約ハ少クトモ我商法ニ於テハ之ヲ損害填補ノ契約ナリト爲ス能ハス一定ノ金額支拂ノ契約ナリト爲サ

サルヘカラス尙ホ此點ハ詳細ナル研究ヲ要スルカ故ニ第三編ニ於テ論スヘシ
第十二 保險ハ主觀の商行爲ナリ 商法第三編商行爲ノ規定ニ於テ第二六四條ヲ觀ルハ保險ハ營業ト
シテ之ヲ爲ストキハ商行爲タルコト明カナリ營業ナル文字ニ付テハ種種ノ解釋アルヘシト雖モ要スル
ニ營業タルニハ營利ノ目的ヲ有スルコト及ヒ少クモ其行爲ヲ繰返シテ爲スノ意思換言スレハ繼續ノ意
思アルコトヲ必要トス即チ保險ハ之ヲ營利ノ爲メニ繼續的ノ意思ヲ以テ行フトキニ於テ始メテ商行爲
タルモノナリ此種ノ商行爲ヲ名ケテ主觀の商行爲ト稱ス勿論商人カ自己ノ商業ノ爲メニ保險契約ヲ爲
シタルトキハ第二六五條ニ依リテ附屬の商行爲トシテ一ノ商行爲タルナリ茲ニ主觀の商行爲ナリト云
フハ保險契約其モノヨリ觀テ之ヲ言フニ過キヌ獨逸ニ於テハ保險ハ絕對的商行爲ナリト論スト雖モ我
國ニ於テハ主觀の商行爲タルコトハ明カナリ

而シテ相互會社カ爲ス保險契約ハ保險契約其モノヨリシテ商行爲ナルヤト云フニ相互保險ハ營利ヲ目
的トスルモノニ非ス保險業法中相互會社ノ規定ニ就テ觀ルモ其營利ヲ目的トセサルコトヲ知ルヲ得
シ例ヘハ保險業法第九〇條、第九一條ニ於テ或ハ社員名簿ノ記載ニ付テ登録稅ヲ課セストシ或ハ相互
會社ニ營業稅ヲ課セスト爲スカ如キ或ハ故ラニ利益及ヒ損失ナル文字ヲ避ケテ剩餘金不足金ノ名稱ヲ
用フルカ如キ或ハ保險事業、事業報告書ト稱シテ保險營業、營業報告書ト云ハサルカ如キ何レモ我保險
業法ニ規定スル相互會社ハ全ク營利ヲ目的トスルモノニ非サルコトヲ證スルニ足ル故ニ相互保險契約
ハ主觀の商行爲ナリト謂フコト能ハス尤モ附屬の商行爲タルコトアリ得ヘキハ勿論ナリ而シテ商法第
三編第十章主觀の商行爲タル保險ニ關スル規定ハ第四一八條及ヒ第四二三條ニ依リ其全部ヲ相互保險
ニ適用セラレ又保險業法ニ依リ商法ノ規定ノ多クハ相互保險會社ニモ準用セラレ居ルヲ以テ單ニ行爲

民事訴訟法(第二編)

法學士 岩田 一 耶 講 述

緒 論

民事訴訟法第二編ノ規定ハ訴訟手續進行ニ付テノ法則ナリ民事訴訟ニ於ケル私權保護ノ手段ハ判定及
ヒ強制執行ノ二種トス判定トハ國家ノ威力ヲ以テ私權ノ存否ヲ確定スルコトヲ云ヒ強制執行トハ國家
ノ威力ヲ以テ私權實行ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ云フ強制執行ハ之ヲ分別スレハ一般の強制執行即
チ破産手續及ヒ箇人の強制執行即チ民事訴訟法第六編ニ規定セル強制執行ト爲スコトヲ得判定ニ依ル
私權保護ハ概ネ同一ノ手續ニ依リ其目的ヲ達スルヲ得ヘキモ特殊ノ場合ニ於テハ一般ノ手續ニ準據セ
シムルコトヲ得ス之ヲ以テ法律ハ通常ノ場合ニ適用スヘキ訴訟手續ノ法則ヲ設クルト同時ニ特殊ノ場
合ニ適用スヘキ手續ノ法則ヲ設クル必要アリ從テ訴訟手續ハ通常訴訟手續即チ普通ニ生スル私權保護
ノ請求ニ對シテ適用スヘキ手續及ヒ特別訴訟手續即チ私權保護ノ請求ニ付キ普通ノ手續ニ依ラシムル
コトヲ得サル場合又ハ之ヲ必要トセサル場合ニ於テ適用スヘキ手續ノ二箇ニ區別スルコトヲ得普通訴
訟手續ハ民事訴訟法ノ第二編ニ規定セラレタル地方裁判所及ヒ區裁判所ノ通常手續ニシテ特別ノ訴訟

手續ハ次ニ述フル所ノ四種トス

第一 人事訴訟手續(明治三十一年法律第一四號)

人事ニ關スル身分上ノ訴訟ハ普通ノ財産ニ對スル訴訟ニ比シ公益ニ關スルコト重大ナルヲ以テ普通ノ訴訟ニ比シ職權主義ヲ加ヘ又或場合ニハ訴訟無能力者ト雖モ訴訟行為ヲ爲サシムル必要アリ從テ通常ノ訴訟手續ニ依ラシムルコトヲ得ス是レ特別ノ手續ヲ設ケタル所以ナリ改正草案ニ於テハ民事訴訟法中ニ之ヲ規定セリ

第二 證書訴訟手續及ヒ爲替訴訟手續(四八四條以下)

訴訟手續ニ於テ證據方法ヲ證書ノミニ限定シタルモノヲ證書訴訟ト云フ手形ニ基ク請求ヲ證書訴訟手續ヲ以テ主張スル場合之ヲ爲替訴訟ト云フ蓋シ私權ノ存在ヲ證明スルニ足ルヘキ證書又ハ手形ノ存スル場合ニ於テ其手形若クハ證書カ債權者ノ手ニ存スルトキハ手形若クハ證書ニ明示セラレタル權利ハ未タ消滅セサルモノト推定スヘキヲ以テ斯ノ如キ證書ヲ所持スル者ニ對シテハ特ニ便宜ノ訴訟手續ヲ設ケ私權ノ存否ヲ判定スルノ手續ヲ設ケルノ必要アリ是レ特別ニ此手續ヲ設ケタル所以ナリ

第三 督促手續(三二三條以下)

私權ノ實行ヲ容易ナラシムル爲メ簡易ニ執行名義ヲ得セシムルコトヲ目的トスル手續ナリ即チ債務者ニ對シ債權者カ債務ノ履行ヲ求メントスルニ當リ債務者自ラ債務ヲ負擔スルコトヲ爭ハスト雖モ其實力ノ有無若クハ懈怠ニ依リ債務ノ履行ヲ爲ササルコトアリ斯ノ如キ場合ニ於テハ通常ノ訴訟手續ニ依リ債務ノ存否ヲ確定スル必要ナク唯タ債權者ノ希望スル所ハ債務者ヲシテ債務ノ履行ヲ爲サシムルニ在リ故ニ債權者ヲ保護スルノ途トシテハ債務者ノ財産ニ對シ強制執行ヲ爲シテ以テ債務ノ履行ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ是ル此目的ノ爲メニ民事訴訟法ノ原則タル口頭審理主義ノ例外トシテ書面審理主義ヲ認メ容易ニ執行名義ヲ得セシムル訴訟手續トシテ之ヲ設ケタルモノトス

第四 假差押及ヒ假處分ノ手續(七三七條以下)

權利ノ實行ヲ保全スル目的ノ爲メニ設ケタル手續ナリ即チ權利者カ訴ヲ起シテ裁判所ノ判定ヲ受ケルコトアリト雖モ債務者カ自己ノ財産ヲ隱匿スル等ノコトアリテ判定ニ基ツク執行ヲ完全ニ爲ス能ハサル場合ニ於テハ私權保護ノ目的ヲ達スルコト能ハス故ニ強制執行ニ基ク私權保護ヲ確實ニスル爲メ此手續ヲ設ケタル所以ニシテ換言スレハ執行保全ノ手續ナリ而シテ此手續タル急速ニ處理スルコトヲ要スルモノナレハ通常ノ場合ニ於テハ訴訟法ノ原則タル口頭審理主義ニ依ラス書面審理主義ニ依ルコトヲ得ルモノトセリ

以上ノ如ク訴訟手續ハ通常ノ手續ト特別ノ手續トニ分類スルコトヲ得ヘシト雖モ尙ホ裁判所ニ審級ノ存スル點ヨリ觀察スルトキハ訴訟手續ハ第一審ノ手續第二審ノ手續及ヒ第三審ノ手續トニ區別スルコトヲ得ヘシ蓋シ民事訴訟ニ於テ第一審若クハ第二審ノ判定ニ對スル不服申立ノ方法ヲ認メタルヲ以テ其審級ニ於ケル手續ハ各々之ヲ異ニスル必要ヨリ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テナリ又第一審裁判所ニ地方裁判所及ヒ區裁判所ノ區別アルニヨリ第一審ノ訴訟手續ハ之ヲ地方裁判所ノ訴訟手續及ヒ區裁判所ノ訴訟手續ニ區別スルコトヲ得ヘシ

右各種ノ訴訟手續ニ於テ余カ講述スル範圍ハ民事訴訟法ノ第二編即チ地方裁判所及ヒ區裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ト特別訴訟手續ト中、督促手續ノ二トス尙ホ第一審ノ訴訟手續ニ於テハ他ノ審級ニ於ケルト同シク當事者雙方ノ辯論ニ基カスシテ判決ヲ爲ス場合即チ關席手續アルヲ以テ便宜上綱目ヲ分ケ

テ地方裁判所ノ手續ヲ第一編ト爲シ之ヲ正式手續及ヒ變式手續即チ閣席手續トノ二ツニ分類シ區裁判所ノ訴訟手續ヲ第二編ト爲シ之ヲ通常訴訟手續ト督促手續トノ二箇ニ分割シ説明セントス

第一編 地方裁判所ノ通常訴訟手續

第一章 正式訴訟手續

第一節 訴

第一款 訴ノ意義

訴ノ意義如何ニ付テハ學說種種アリト雖モ判定ニ基ク私權保護ノ請求ヲ稱シテ訴ト云フヲ正當トス判定ニ基ク私權保護ノ請求ニ付テハ三箇ノ意義ヲ包含ス即チ裁判上ノ保護ヲ要求スル爲メニ之ヲ惹起スル行爲及ヒ自己ノ目的ヲ達スル爲メニ裁判上ニ於テ爲ス訴訟ノ演述及ヒ裁判上ノ保護ヲ求ムル權利(即チ訴權)是ナリ國家ノ機關タル裁判所ニ對シテ保護ヲ惹起スル行爲ハ訴ノ提起ニシテ私權保護ヲ求メタル目的ヲ達センカ爲メニ爲ス所ノ訴訟ノ演述トハ自己ノ私權ヲ裁判所ニ於テ説明シテ相手方ノ答辯ヲ求メ相手方自己ノ私權ヲ爭ヒタルトキハ私權ノ證明ヲ爲ス行爲等ヲ云フ訴權トハ國家カ民事訴訟ナル設備ヲ爲シテ私權保護ノ制度ヲ設ケタルヲ以テ一箇人ハ私權ノ保護ヲ求ムル權利ヲ有ス此權利即チ訴權ナリ右ノ如ク訴ニハ三箇ノ意義ヲ包含スト雖モ畢竟裁判所ノ判定ニ基ツク私權保護ノ要求ニ歸著スヘキモノトス或ハ訴トハ訴訟手續及ヒ判決ヲ求ムル裁判上ノ行爲ナリト云ヒ或ハ訴トハ私權保護ノ要求ヲ裁判所ニ提供スル訴訟上ノ意思ノ表示ナリト云ヒ又ハ訴トハ一箇人カ裁判所ニ對スル判決

ノ要求ナリト稱シ或ハ訴ヲ爲スノ行爲及ヒ訴權ノ二箇ノモノナリト稱シ或ハ訴トハ訴訟手續ノ開始ナリト定義スルモノアレトモ前述セル定義ヲ以テ最モ完全ナルモノト信ス
訴權トハ國家ニ對スル判定ニ依ル私權保護ノ請求權ヲ謂フ國家カ民事訴訟ノ制度ヲ設備シ判定ニ依ル私權保護ノ手段ヲ認メタル以上ハ各箇人ハ國家ニ對シ判定ヲ手段トセル私權保護ノ要求權アルモノナリ而シテ判定ニ依ル保護ノ目的ハ各箇人ノ主張スル權利ノ存否ヲ他人ヲシテ確認セシメ又或場合ニハ主張者ノ請求ニ應スヘキコトヲ他人ニ對シテ命令スルニ在ルモノナレハ私權保護ヲ求ムル者ハ他人ヲ國家ノ機關タル裁判所ニ呼出シ之ニ對シテ自己ノ主張ニ服從スヘキコトヲ宣言ヲ求ムルニ在リトス故ニ訴權ニハ應訴強制權及ヒ敗訴強制權ノ二箇ノモノヲ包含スト謂フヲ得ヘシ即チ應訴強制權トハ起訴者カ裁判所ニ對シテ相手方ヲ強制シ以テ答辯ヲ爲サシメラレント求ムル權利ヲ謂ヒ敗訴強制權トハ起訴者カ裁判所ニ對シテ相手方ヲ強制シテ實體上ノ請求ニ應セシメラレント求ムル權利ニシテ換言スレハ被告ニ對シテ原告主張ノ給付ヲ給付タハ確認ヲ爲スヘシトノ判定アランコトヲ求ムルノ權利ナリ應訴強制權ハ或ハ之ヲ形式的訴權ト謂ヒ敗訴強制權ハ或ハ之ヲ實體的訴權ト謂フ
訴權ハ私法上ノ權利ナリトシ又訴權ニハ公法上ノ訴權ト私法上ノ訴權アリト云フモノアレトモ訴訟法上ノ意義ニ於ケル訴權ハ公法上ノ權利ナリトスルヲ正當トス

第二款 給付ノ訴

給付ノ訴トハ給付ノ判定ニ依ル私權保護ノ要求ヲ謂フ給付ノ判定ハ原告ノ實體法上ノ請求即チ被告ニ對シテ或行爲若クハ不行爲ヲ請求スルコトヲ得ヘキ原告ノ權利ノ存在ヲ確定シ且原告ノ請求ニ服從ス

ヘキコトヲ被告ニ對シテ命令スルモノナレハ給付ノ訴ナルモノハ原告ノ權利存在ヲ確定シ且被告ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトノ命令ヲ要求スル訴ナリ故ニ給付ノ訴ニハ權利ノ確定及ヒ行爲若クハ不行爲ノ命令ノ二者ヲ包含スルモノニシテ強制執行ノ名義ト爲ルヘキモノハ獨リ給付ノ判定ノミナリトス給付ノ訴ハ如何ナル場合ニ提起スルコトヲ得ルヤニ付テハ法律ニ何等ノ規定ヲ存セス然レトモ元來法律保護ハ權利不満足ノ狀態ノ發生シタル場合ニ於テ國家カ公力ヲ以テ其満足ヲ得セシムルコトヲ目的ト爲スモノナレハ私權不満足ノ狀態ノ發生セル場合ニ於テ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ固ヨリ當然ニシテ特ニ法律ノ規定ヲ必要トセサルナリ之ニ反シテ權利不満足ノ狀態カ現存セサルニ拘ハラス將來ニ於テ權利不満足ノ狀態カ發生スヘキ虞アル場合ノ如キハ原則トシテ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス故ニ獨逸ノ新民事訴訟法ニ於テハ將來ニ發生スヘキ權利不満足ノ狀態ニ付キ特ニ明文ヲ以テ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ許スモノトセリ即チ曆日ノ到來ニ依リテ金錢支拂ノ請求、土地若クハ建物ノ明渡ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ曆日ノ到來前豫メ其請求ニ付テ給付ノ判決ヲ受クルカ爲メ給付ノ訴ヲ許シ(獨民訴二五七條)又定期金ノ如キ定期ニ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノニ付テハ判決後ニ到達スヘキ時期ニ於ケル給付ニ付テ豫メ給付ノ判決ヲ求ムル訴ヲ許シ(獨民訴二五八條)又右二場合ヲ除キ債務者ノ正當ノ時期ニ給付ヲ爲ササルノ虞アルトキハ債權者ハ如何ナル請求ト雖モ其時期ノ到達前ニ於テ給付ノ判決ヲ求ムル訴ヲ許セリ(獨民訴二五九條)又我民事訴訟法改正案ニ於テモ期限ヲ付シタル債權ニ付キ將來ノ辨濟ヲ求ムル訴ハ被告カ期限ニ至リテ辨濟ヲ爲ササル虞アルトキニ限り之ヲ提起スルコトヲ得ト規定セリ(改正案二二條右)如ク改正案並ニ獨逸新民事訴訟法ニ於テ給付ノ訴ニ付キ例外ヲ認メタル理由ハ給付ノ時期カ到達シテ權利不満足ノ狀態ヲ惹起シタル場合ニ於テ

權利者ハ直チニ給付ノ判決ニ基キ以テ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルノ便宜アルヲ以テナリ現行民事訴訟法ニ於テハ強制執行ニ關シ扶養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決ニ付キ訴ノ提起後ノ時間ニ支拂フヘキモノニ付キ假執行ノ宣言ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シ(五〇一條五號)又請求ノ主張カ日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ満了後ニ限リテ強制執行ヲ爲スヘキコトヲ規定シ(五二九條一項)此規定ノ主旨ヨリ推考スレハ履行期到達セサル給付ニ付テモ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ如キモ是レ強制執行ノ規定ニシテ訴ニ關スル規定ニアラサルヲ以テ給付ノ時期カ到達セサル請求ニ關シテハ現行民事訴訟法ノ下ニ於テハ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス結局原則ニ基キ給付ノ訴ハ權利不満足ノ狀態發生シタル場合ニ限リ提起スルコトヲ得ルモノト爲スヘク從テ右ニ述ヘタル強制執行ノ法條ハ判決カ債務名義タル場合ハ殆ト適用ナキモノト謂フコトヲ得ヘシ唯タ民法第一九九條ニ於テ占有ヲ妨害セラレントスル虞アル場合ニ於テ其妨害ノ豫防若クハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ許シタルハ給付ノ訴ニ關スル一ノ例外規定ト爲スヘキモノナリ

第三款 確認ノ訴

確認ノ訴トハ確定ノ判決ヲ求ムル要求ヲ謂フ確定ノ判決トハ原告ノ主張スル法律關係ノ存在若クハ不存在ヲ確定スルモノニシテ從テ確認ノ訴ハ法律關係ノ存在若クハ不存在ニ付テ判決ヲ求ムルコトヲ謂フ此訴ハ權利狀態ノ危險ノ虞アル場合ニ於ケル保護ニシテ裁判官ノ判決ヲ以テ權利ノ狀態ヲ確實ニスルモノナリ即チ一箇人ノ私權ノ狀態ヲ確實ニスリ以テ私權ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナリ確認ノ訴ヲ提起スル原告ハ相手方ノ主張ハ不當ニシテ原告ニ對シテ效力ナキモノナリトノ判決ヲ受ケ敗訴者

ヲシテ争ラ止メシムルコトヲ目的トスルモノナリ故ニ此訴ヲ確定ノ訴トモ稱ス
確定ノ判決ハ強制執行ノ名義トナルコトヲ得ス如何トナレハ法律關係ノ存在若クハ不存在ニ付テ確定
ヲ爲スト雖モ強制執行ヲ爲スニ必要ナル被告ニ對スル給付ノ命令ヲ包含スルモノニアラサルヲ以テナ
リ確定ノ訴ニ二種アリ獨立ノ確定ノ訴及ヒ附隨ノ確定ノ訴是ナリ

第一 獨立ノ確定ノ訴

獨逸舊民事訴訟法第二三一條同新民事訴訟法第二五六條、奧太利民事訴訟法第四二八條ニ於テハ明
文ヲ以テ獨立ノ確定ノ訴ヲ許スコトヲ規定セリ即チ法律關係ノ成立不成立ノ確定、證書ノ眞否確定
ノ訴ニ付テハ原告カ其法律關係又ハ證書ノ眞否ヲ確定スルニ付キ權利上ノ利益ヲ有スル場合ニハ之
ヲ提起スルコトヲ得ト規定セリ我民事訴訟法ニ於テハ特別ノ明文存セサルモ第一八條ニ於テ契約ノ
成立若クハ不成立ニ付テハ訴訟ノ裁判ヲ定メタルニ依リテ之ヲ見レハ確定ノ訴ヲ禁シタルモノニア
ラサルコト明白ナリトス而シテ給付ノ訴ハ私權ニ付キ不満足ノ狀態發生シタルトキハ之ヲ提起スル
コトヲ得ルハ特ニ法律ノ規定ヲ要セス確定ノ訴ニ付テモ亦同シ權利狀態カ危險ニ瀕スル場合ニハ其
權利狀態ノ確定即チ權利ノ存在若クハ不存在ヲ確定スルコトハ私權保護ヲ目的トスル法律保護ノ結
果ト謂フヲ得レハナリ故ニ特ニ明文ナシト雖モ利益保護ヲ求ムル必要ノ生シタル場合ニ在リテハ確
定ノ訴ヲ許スヘキモノト謂ハサルヘカラス

獨立ノ確定ノ訴ニハ積極的及ヒ消極的ノ二種アリ積極的ノ確定ノ訴トハ法律關係成立ノ確定ヲ求ム
ル訴ニシテ次ニ述フル三箇ノ條件ヲ必要トス
一 法律關係ノ存在ヲ主張スルヲ要ス 法律關係カ私法上ノ法律關係ナル以上ハ其債權ナルト又物

權ナルトヲ問ハス其他親族法上ノ權利、相続法上ノ權利並ニ著作權、特許權等凡テ確定ノ訴ノ目的
ト爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ法律關係ニアラスシテ法律上ノ事實例ヘハ行為能力ノ有無、
慣習法ノ存在等ハ此訴ノ目的ト爲スコトヲ得ス

二 法律關係ハ確定ノ訴ヲ提起スル當時ニ於テ成立セルコトヲ主張スルヲ要ス 未來ニ於テ發生ス
ヘキ法律關係ハ確定ノ訴ノ目的ト爲スコトヲ得ス然レトモ法律關係カ成立シタル以上ハ假令其法律關係
カ條件付ナルト又權利ノ實行カ期限付ナルヤ否ヤヲ問ハス訴提起ノ當時ニ於テ其法律關係ノ成立
ヲ主張スルコトヲ要ス

三 確定ノ訴ノ原告ハ法律關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ要ス 即チ被
告ノ行為カ原告ノ權利ノ安全ヲ害シ原告ハ其安全ヲ保タンカ爲メニ法律保護ヲ求ムル必要アル場
合ニ限リ此訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス換言スレハ原告カ其法律關係ノ存在ノ判決ヲ以テ確
定セラレサル場合ニ於テハ權利ノ成立又ハ其實行ニ付キ危害ヲ受ケントスル場合ニ於テ原告ハ其
法律關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルモノトス而シテ其利益ノ有無ヲ決スルコ
トハ全ク事實問題トシテ裁判官ノ認定ニ屬スヘキ事項ナリ例ヘハ被告カ原告ノ權利ノ存在ヲ否認
シ又ハ其行使ヲ妨ケタルトキノ如キハ其權利ノ存否ヲ即時ニ確定スルニ於テ法律上ノ利益アルモ
ノナレハ此場合ニ於テハ確定ノ訴ハ許サルモノトス尙ホ原告ノ權利カ既ニ實行ヲ爲シ得ル時期
ニ達シ給付ノ訴ヲ許スヘキ狀態ニ至リした場合ト雖モ原告カ法律關係ヲ確定スルニ於テ利益アルト
キハ訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ

消極的確定ノ訴ノ目的ハ當事者間ニ於ケル法律關係カ不成立ナリトノ裁判ヲ求ムルニ在リ故ニ訴訟

ノ被告ト爲ル者カ原告ノ主張スル法律關係カ成立シタリト主張スルコトヲ要ス尙ホ消極的確認ノ訴ハ積極的確認ノ訴ト同シク原告ハ其法律關係ヲ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ必要トス從テ原告ハ被告カ其法律關係ノ成立ヲ主張スルコトヲ以テ自己ノ權利上ニ損害ヲ蒙ルヘキ恐アルコトヲ要ス故ニ消極的確認ノ訴ノ條件ハ次ノ三箇ナリ

イ 被告ノ主張スル法律關係カ存在セサルコトヲ主張スルコトヲ要ス

ロ 被告ハ原告ニ利害ノ關係アル法律關係ニ付キ其成立ヲ主張スルコトヲ要ス

ハ 原告ハ法律關係ノ不成立ヲ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ要ス

以上述ヘタル所ハ確認ノ訴ニ付テノ條件ニシテ獨逸ノ新舊民事訴訟法竝ニ我カ改正草案ニ於テハ其條件ヲ規定セリ(獨逸民事訴訟法三二條、新民訴一五六條、我改正草案二二一條)現行訴訟法ニ於テハ特別ノ規定ナシト雖モ理論上前述ノ條件ヲ必要ト爲ササルヘカラス右ニ述ヘタル獨立ノ確認ノ訴ノ外ニ獨逸境太利ノ訴訟法竝ニ我改正草案ニ於テ證書ノ眞否ニ付テ確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ許セリ然レトモ本來證書ノ眞否ヲ確定スルハ事實ヲ確定スルニ外ナラスシテ法律關係ヲ確定スルモノニアラス蓋シ裁判所ハ法律ヲ適用スルモノナルカ故ニ事實ノ確定ニ關スル法律存在セサル以上ハ事實ノ確定ヲ爲ス裁判ヲ爲スコトヲ得ス從テ現行訴訟法ニ於テハ絕對ニ事實ノ確定ニ付テノ訴訟ヲ許ササルモノナリ唯タ第三五一條ニ公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私書證書ヲ偽造又ハ變造ナリト主張スル者ハ其證書ノ眞否確定ヲ求ムルノ規定アリト雖モ此規定ハ證據調ニ關スル裁判ニシテ證書ノ眞否確定ノ獨立ノ訴訟ニアラス

第二 附隨ノ確認ノ訴(獨逸民事訴訟法二五三條、本法二八〇條、二二一條改正草案二四三條)

附隨ノ確認ノ訴トハ一ノ訴訟ノ進行中爭トナリタル法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確認ヲ求ムル訴ナリ此確認ノ訴ハ獨立シテ提起スヘキモノニアラス一ノ訴訟ノ進行中其訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ボスヘキ法律關係カ當事者間ニ於テ成立若クハ不成立ニ付キ爭アルトキ既ニ繫屬セル訴訟ノ一部トシテ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムル訴ヲ云フモノナリ本法第二四四條ニ依レハ判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スト規定シ獨立ノ訴若クハ反訴ヲ以テ提起シタル訴訟ノ目的ニ付テハ實體的ノ確定力ヲ生スヘキ判決ヲ受クルヲ得ト雖モ其目的ノ基本ト爲リタル法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付テハ其判決ヲ爲ス理由中ニ於テ裁判官ハ判斷ヲ下シテ説明ヲ爲ス場合アリト雖モ判決ノ確定力ハ判決理由ニ付キテ生スルモノニ非ス從テ前提條件タル法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付キ當事者間ニ爭アリタルトキハ當事者ハ新訴訟ニ依リテ之ヲ確定セザルトキハ其法律關係ノ成立若クハ不成立ニ關シ實體上ノ確定力ヲ生スル裁判ヲ求ムルコト能ハス此場合ニ於テ更ニ訴ヲ提起スルコトキハ二重ニ訴訟ヲ爲スノ煩勞及ヒ裁判ノ抵觸ヲ來スコトアルヘキヲ以テ主タル訴訟ノ目的ニ牽聯シタル法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付テハ當事者ノ申立ニ因リ其法律關係ヲ訴訟ノ目的ト爲シ實體的ノ確定力ヲ生シ得ヘキ裁判ヲ與フルノ方法即チ附隨的確認ノ訴ヲ設ケタル所以トス附隨ノ確認ノ訴ノ條件左ノ如シ

一 訴訟ノ主タル當事者ニ限り提起スルコトヲ得 從參加人ハ提起スルコトヲ許サス蓋シ從參加人ハ自己ノ補助スル當事者ノ申立以外ニ訴訟ヲ擴張スルコトヲ得サルモノナレハナリ而シテ原告カ此訴ヲ提起スルニハ申立ノ擴張ニ因リ被告カ提起スルニハ反訴提起ノ方法ニ依ルヘキモノナリ玆ニ所謂申立ノ擴張ハ新原因ヲ有スル訴ノ前ノ訴ニ併合スルモノニシテ本法第一九六條ニ所謂申立

ノ擴張トハ異ナルモノトス同條ハ訴ノ原因ヲ變更セサル場合ニ限ルモノナリ

二 訴訟ノ進行中ニ爭トナリタル法律關係ニ限リ確認ノ訴ノ目的ト爲スコトヲ得 獨立ノ確認ノ訴ト同シク法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スルコトヲ求ムルモノニシテ其法律關係ハ主タル訴訟ノ進行中ニ成立若クハ不成立ニ付キ當事者間ニ於テ爭ヲ生シタルコトヲ必要トス蓋シ爭ナケレハ之ヲ確定スル必要ナケレハナリ

三 附隨ノ確認ノ訴ノ目的トナル法律關係ハ主タル訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一部ニ影響ヲ及ボスヘキモノナルコトヲ要ス 即チ法律關係ハ其成立若クハ不成立カ主タル訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ先決的ノ性質ヲ有スルモノナラサルヘカラス而シテ裁判官ハ主タル訴訟ノ裁判ヲ爲スカ爲メ其成立若クハ不成立ニ付キ判斷ヲ爲スヘキモノニ限ル

四 主タル訴訟ノ第一審ニ於ケル口頭辯論ニ於テ提起スルコトヲ要ス 原告若クハ被告カ法律關係ノ確定ヲ求ムルハ主タル訴訟ニ併合シテ新ナル訴ヲ主張スルモノナリト雖モ便宜上認メラレタル手續ナレハ特別ノ訴ヲ以テ主張スルモノニアラス第一審ニ於ケル口頭辯論ニ於テ當事者ノ陳述ヲ以テ提起スヘキモノトス其訴ノ權利拘束ハ口頭ヲ以テ主張シタルトキニ始マル第一審ノ辯論終結後若クハ控訴審ニ於テハ提起スルコトヲ許サス

五 訴訟ノ目的ニ付キ主タル訴訟ノ裁判所カ事物及ヒ土地ノ管轄權アルコトヲ必要トス 改正草案第二四二條第二項ハ附隨ノ確認ノ訴ニハ契約上ノ管轄權ヲ裁判所カ有スル場合ニ限リ適用スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ現行法ニハ規定ナシト雖モ一般ノ管轄ノ規定ニ依リテ管轄ヲ定ムヘキモノトス

第四款 創設ノ訴

創設ノ訴トハ權利ノ發生、變更若クハ消滅ヲ目的トスル判決ヲ求ムル訴ヲ云フ此訴ハ裁判所ノ判決ヲ以テ當事者間ニ權利ヲ創設シ若クハ變更シ若クハ權利ヲ消滅セシムルコトヲ目的トスルモノニシテ給付ノ訴ノ如ク原告カ自己ノ私權ニ基キ被告ニ對シテ行爲若クハ不行爲ノ請求權アル判決ヲ求ムルモノニアラス又確認ノ訴ノ如ク訴訟外ニ於テ當事者間ニ成立シタル法律關係若クハ成立セサル法律關係ノ確定ヲ求ムルモノニアラス判決ニ依リテ當事者間ニ權利ヲ創設シ若クハ當事者間ニ存シタル權利ヲ變更又ハ消滅セシムルコトヲ目的トスルモノナリ故ニ性質上非訟事件ニ屬スヘキモノナリ從テ給付ノ訴、確認ノ訴ノ如ク法律ノ規定ヲ依タスシテ提起スルコトヲ得ルモノニアラス法律ニ於テ此訴ノ提起ヲ許シタル場合ニ限リ提起スルコトヲ得ルモノトス我法律ニ依レハ人事訴訟ニ於テ多ク其例ヲ見ル而シテ此訴ハ二種ニ大別スルコトヲ得其一ハ將來ニ向テ權利ノ創設若クハ消滅等ノ效力ヲ生スルモノニシテ例ヘハ共有物ノ分割ノ訴、地上權ノ存續期間ヲ定ムル訴、離婚若クハ離縁ノ訴、執行文ノ付與又ハ執行判決ヲ求ムル訴之ニ屬ス其二ハ判決ノ效力ヲ既往ニ遡ラシムルモノニシテ婚姻若クハ縁組ノ取消ノ訴、詐害行爲廢罷ノ訴、株主總會ノ決議無効ノ訴、除權判決ヲ求ムル訴等之ニ屬ス

第五款 訴ノ提起

訴訟手續ハ訴ノ提起ヲ以テ始マル訴ノ提起トハ原告カ裁判所ニ對シ私法上ノ權利保護ヲ要求スル一方的ノ行爲ニシテ即チ裁判所ニ對シテ私法上ノ權利保護ヲ要求スル意思表示ナリ訴ノ提起ノ方式ハ大別

スルトキハ書面ヲ以テ爲ス場合ト口頭ヲ以テ爲ス場合トノ二種アリ書面ヲ以テ爲ス場合ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノニシテ口頭ヲ以テ爲ス場合ハ裁判官ノ面前ニ於テ訴狀ノ要件ヲ陳述シテ爲ス場合或ハ裁判所書記ノ面前ニ於テ訴狀ノ要件ヲ陳述シテ爲ス場合或ハ訴訟ノ進行中口頭辯論ニ於テ新請求ヲ主張シテ爲ス場合ノ三種アリ口頭ヲ以テ爲ス場合ノ中前ノ二種ハ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ認メラレタル方式ニシテ最後ノ場合ハ地方裁判所並ニ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ認メララル所ナリ

(一九〇條、二一條、二二條、三七四條、三七八條)

地方裁判所ニ於ケル訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スヲ原則トス訴狀ノ差出トハ訴訟ノ原告若クハ其代理人カ訴狀ヲ裁判所ニ交付スルヲ云フモノニシテ即チ原告カ訴狀ニ依リテ自己ノ主張スル私權ニ付キ保護ヲ要求スル形式的ノ意思表示ヲ云フモノナリ我訴訟法ニ於テハ書面ヲ以テスル訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ニ依リテ之ヲ爲スモノナリト雖モ獨逸ノ訴訟法並ニ新草案ニ於ケル書面ニ依ル訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ニ依リテ爲スヘキモノトセリ(獨逸民訴二二〇條、新民訴二五八條改正草案二二〇條)獨逸法ニ從ヘハ訴ノ提起ハ原告カ口頭辯論ノ期日ヲ定ムルカ爲メ訴狀ヲ裁判所ニ差出シ期日ノ定マリタル後被告ニ對シテ送達ノ手續ヲ爲スモノナリ故ニ訴ノ提起ハ訴狀ノ差出、口頭辯論期日ノ指定及ヒ訴狀送達ノ三種ノ行爲ヨリ成立ス我改正草案ニ於テハ訴ノ提起ハ原告カ訴狀ヲ裁判所ニ差出シ更ニ口頭辯論ノ期日ノ指定ヲ申立ラ口頭辯論期日定マリタル後裁判所書記カ訴狀並ニ呼出狀ヲ被告ニ送達シテ之ヲ爲スヘキモノトセリ現行法ト獨逸法トニ訴ノ提起ニ差異ヲ生シタルハ我訴訟法ハ職權送達主義ヲ採用シ當事者送達主義ヲ採用セス從テ裁判所書記ノ行爲即チ訴狀送達ノ遲速ニ依リテ原告ノ訴ノ提起ニ依リテ生スル效力ニ影響ヲ及ボサラシメンカ爲メ訴狀ノ差出ヲ以テ訴ノ提起ト爲シタルカ故ナリ

舊民法ニ於テハ訴ノ提起ニ依リテ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノトセラルヲ以テ送達ヲ訴ノ提起ト爲ストキハ裁判所書記ノ行爲ニ依リテ其效果ノ發生ニ遲速アルヘシ現行法カ訴ノ提起ヲ訴狀差出ト爲シタル理由ハ實ニ玆ニ存スルモノトス

訴狀トハ原告カ訴訟手續ノ開始ヲ表示セル書面ナリ地方裁判所ノ訴訟手續ニ於テ訴ノ提起ニ原則トシテ訴狀ヲ必要トシタル理由ハ訴ノ基礎ヲ確定スルニ在リ訴訟法ニ於テ用キラル書面ニ訴ノ基礎ヲ確定スルモノト口頭辯論ノ準備ノ目的ニ爲スモノトノ二種アリテ訴狀ハ此二種ノ性質ヲ具有スルモノトス從テ訴ノ基礎ヲ確定スルカ爲メ即チ訴狀ニハ如何ナル訴ヲ原告カ提起シタルモノナリヤラ明確ニスルカ爲メ當事者ノ請求ノ原因、請求ノ目的物、一定ノ申立及ヒ裁判所ヲ表示セサルヘカラス(一九〇條一項)其他訴狀ニハ口頭辯論準備ノ爲メ準備書面ノ規定ニ從ヒ作成スヘキモノトス(一九〇條二項)今訴狀ノ要件ニ付キ説明スレハ左ノ如シ

第一 當事者

當事者トハ原告及ヒ被告ヲ謂フ原告トハ裁判所ノ判決ヲ要求スル權利主體ヲ謂フモノニシテ被告トハ裁判所ヨリ應訴ヲ爲シ且判決ニ服従スヘキコトヲ強制セラルヘキ權利主體ヲ謂フ訴狀ニ當事者ノ表示ヲ必要トスル所以ハ何人ヨリ何人ニ對シテ訴ヲ提起シタルヤラ明カナラシムルヲ以テ目的トス故ニ訴狀ニ記載スル方法ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ナシト雖モ原告若クハ被告ノ何人ナルカヲ疑ナキ程度ニ表示スルコトヲ必要トス故ニ身分、職業、住所、氏名、商號等ヲ以テ之ヲ表ハシ尙ホ同一ノ場所ニ於テ同一氏名ノ者アルトキハ他ノ特徵ニ依リテ他人ト混同セサル程度ニ表示スルコトヲ要ス當事者ノ中ニハ法定代理人訴訟代理人其他參加人等ヲ包含スルモノニアラス然レトモ前ニ述ヘタルカ

第二 裁判所

如ク訴狀ハ準備書面ノ性質ヲモ具有スルヲ以テ原告カ是等ノ者ヲ訴狀ニ記載スルハ適當ナリトス
裁判所ノ表示トハ訴ニ付キ裁判ヲ求メント欲スル裁判所ヲ表示スルヲ謂フ即チ原告ハ訴訟手續ヲ開始スルニ際シ事物竝ニ土地ノ管轄權アリト主張シテ私權保護ヲ求ムル裁判所ヲ特定セサルヘカラス然レトモ茲ニ裁判所ト謂フハ廣義ノ裁判所ヲ表示スルコトヲ謂フモノニシテ單獨判事若クハ合議裁判所ノ民事部ヲ表示スル必要ナシトス

第三 請求ノ目的物

茲ニ所謂請求トハ實體法上ノ請求權ヲ意味スルモノニシテ實體法上ノ請求トハ他人ノ給付ニ對スルモノナリ故ニ請求ノ目的物ト謂フトキハ給付即チ行爲若クハ不行爲ヲ謂フモノナリ訴狀ノ要件トシテ他人ノ行爲若クハ不行爲ヲ記載スヘシトノ法律ノ規定ハ其範圍稍ヤ狹キニ失スルモノト謂フヘシ訴ニハ給付ノ訴ノ外確認ノ訴アルヲ以テ給付ノ訴ノ場合ニ於テハ請求ノ目的物即チ給付ヲ記載スルハ適當ナリト雖モ確認ノ訴ニ於テハ訴訟ノ目的トナルモノハ請求ニアラスシテ法律關係ナリ從テ訴狀ニ請求ノ目的ヲ記載スヘシト規定スルトキハ確認ノ訴ノ法律關係ハ之ヲ訴狀ニ記載スルヲ要セサルカ如シ然レトモ訴訟法ハ多數ノ場合ヲ豫想シテ請求ノ目的物ト規定シタルモノナレハ確認ノ訴若クハ創設ノ訴ニ於テハ之ニ準シテ訴訟ノ目的物ヲ記載セサルヘカラス而シテ之ヲ訴狀ニ表示スルハ如何ナル訴ヲ提起シタルヤヲ特定スルヲ目的トシタルモノナリ蓋シ訴ハ其原因及ヒ目的物ニ依リテ其内容ノ特定スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ故ニ之ヲ訴狀ニ表示スルニハ毫モ疑ヲ生セサル程度ニ表示セサルヘカラス例ヘハ給付ノ訴ニ付テ之ヲ言ヘハ金千圓若クハ米百俵ト表示シタルノミニテハ單ニ行爲ノ目的ヲ記載スルニ止マリ原告ハ金千圓若クハ米百俵ノ返還ヲ求ムルカ或ハ賠償ヲ求ムルモノナルカ明カナラス然レトモ金千圓ノ支拂若クハ米百俵ノ返還ト記載スルモ未タ完全ナル請求ノ目的物ノ表示ト爲スコトヲ得ス如何トナレハ原告ハ如何ナル法律關係ニ基キ是等ノ返還若クハ支拂ヲ請求スルモノナルカ明瞭ナラサルヲ以テナリ故ニ單ニ行爲若クハ不行爲ヲ表示スルヲ以テ足レリトセス其行爲若クハ不行爲ノ法律關係ヲモ記載セサルヘカラス即チ貸金千圓ノ支拂若クハ寄託セル米百俵ノ返還等ト記載スルヲ要ス然ラサレハ請求ノ目的物ヲ特定のニ表示セルモノト謂フヲ得サレハナリ確認ノ訴竝ニ創設ノ訴ニ付テモ亦之ニ準シテ明確ニ記載スルヲ必要トス右ノ如ク訴狀ノ要件タル請求ノ目的物トハ給付若クハ法律關係ナルヲ以テ多クノ場合ニ於テハ一定ノ申立ノ中ニ包含セラルルモノナリ然ルニ何故ニ訴狀ニ請求ノ目的物ヲ表示スルコトヲ必要ト爲シタルヤト謂フニ一定ノ申立ハ判決ノ請願ナリ請求ノ目的物ハ實體法上ノ請求ヲ特定スルカ爲メ記載スルモノナリ故ニ其記載ノ趣旨ヲ異ニス加之一定ノ申立ト請求ノ目的トハ必シモ範圍同シクスルモノニアラス請求ノ目的物トハ法律關係ノ效力トシテ發生シタル請求權ニ對スル給付ヲ謂フモノニシテ例ヘハ消費貸借ニ付テ言ヘハ債權者カ債務者ニ對シ金千圓ノ返還ヲ要求スル權利カ請求ナリ其目的物ハ金千圓ノ辨濟ナリ然ルニ原告カ訴ヲ以テ判決ヲ得メント欲スル所ハ請求ノ目的物ノ全部ニアラスシテ一部ナルコトアリ即チ訴ニ於テ五百圓ノ辨濟ヲ求メントスルトキハ請求ノ目的物ノ表示トシテハ金千圓ノ返還ト記載スヘキモ一定ノ申立ニハ五百圓ノ支拂ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ求ムト記載スヘキナリ此ノ如キハ請求ノ目的物ト一定ノ申立トカ一致セス斯ノ如キ場合アルヲ以テ訴ヲ特定スルカ爲メ請求ノ目的物ヲ訴狀ノ獨立要件ト爲シタル所以トス

第四 請求ノ原因

茲ニ所謂請求モ亦實體法上ノ請求ヲ謂フ而シテ請求ノ原因トハ訴訟法上ニ於テ訴ノ原因ト云フト同意義ナリトス請求ノ原因即チ訴ノ原因ニ付テハ獨逸ノ學者間ニ於テ或ハ之ヲ法律關係ナリト主張シ或ハ之ヲ事實ナリト主張シテ學說ニ派ニ分ル今其學說ノ大要ヲ述フレハ左ノ如シ

一 法律關係說 此說ニ依レハ請求ノ原因トハ原告ヨリ被告ニ對シ請求ノ基ク法律關係ヲ謂フモノナリ故ニ請求ノ原因トシテ訴狀ニ之ヲ表示スルニハ法律關係ヲ特定スルヲ以テ足レリトス法律關係ノ基本タル事實ノ如キハ之ヲ訴狀ニ記載スル必要ナシ但法律關係ハ特定のニ表示スルキモノナレハ法律關係ヲ特定スルカ爲メ事實ノ表示ヲ必要トスルコトアルヘシト雖モ事實ヲ表示スルコトハ法律關係ヲ特定スルカ爲メノ要素ニ非ス蓋シ訴狀ニ請求ノ原因ヲ表示スルハ訴ヲ特定スルカ爲メノ目的ナレハ法律關係ノ基本タル事實ノ如キハ口頭辯論ニ於テ陳述スルヲ以テ足り必スシモ訴狀ニ之ヲ記載スルノ必要ナシ訴狀ノ目的ハ訴ノ基礎ヲ確定スルニ在ルヲ以テ法律關係ヲ特定のニ表示スルハ請求ノ種類其範圍等ハ之ヲ特定スルコトヲ得ルモノトス事實ヲ變更スルモ法律關係ヲ變更セサルトキハ訴ノ原因ノ變更ニアラス而シテ訴ノ原因カ法律關係ナリトスル說ノ論據ハ左ノ理由ニ基ツク

イ 民事訴訟法第一九六條ニ依ルモ原告ハ訴ノ原因ヲ變更セシテ事實上ノ陳述ヲ補充シ又ハ更正シタルトキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得スト規定セリ若シ請求ノ原因即チ訴ノ原因ヲ事實ナリトスレハ事實上ノ陳述ヲ補充シ又ハ更正シタルトキハ常ニ訴ノ原因ノ變更ヲ來スモノト謂ハサルヘカラス然ルニ訴訟法カ事實上ノ陳述ヲ補充シ若クハ更正スルモ原因ニ變更ヲ生セサル

コトヲ認メタルヨリスレハ請求ノ原因ハ事實ニアラスシテ法律關係ナルヲ知ルヲ得ヘシ

ロ 判決ノ確定力ハ事實ニ付テ發生セシテ法律關係ニ付テ發生スルモノナリ故ニ請求ノ原因ハ法律關係ナリト結論セサルヘカラス

ハ 請求ノ原因ヲ事實ナリト主張スル學說ハ民事訴訟法ノ實施以前ニ於ケル獨逸舊普通法ノ精神ヲ脱セサルモノト云ハサルヘカラス舊普通法ニ依レハ全然口頭審理主義ノ訴訟手續ヲ採用セスシテ書面審理主義ヲ採用セリ故ニ訴狀ニハ訴ノ原因トシテ單ニ法律關係ノミヲ記載スルトキハ裁判官ハ書面ニ依リテ請求ノ如何ヲ知ルコト能ハス從テ其訴ニ付キ審理ヲ爲スコトヲ得ス故ニ書面審理主義ヲ採用シタル獨逸舊普通法ニ於テハ訴ノ原因ヲ事實ナリトセリ然ルニ現行民事訴訟法ニ於テハ書面審理主義ヲ採用セスシテ口頭審理主義ヲ採用セルヲ以テ訴ニ付テ判決ヲ爲サシニハ當事者ノ口頭辯論ヲ必要トス故ニ訴狀ハ單ニ訴ノ種類ヲ確定スルノ效用アルニ過キスシテ請求ノ當否ハ口頭辯論ニ於テ當事者ノ口頭陳述ヲ開キ判決スヘキモノナレハ事實ヲ訴狀ニ記載スルノ必要ナク從テ請求ノ原因即チ訴ノ原因ハ法律關係ナリト論定スルコトヲ得ヘシ

右ノ學說ヲ主張スル者ハ「ゾイヘルト」「ワハ」「シュミット」「ヒッチング」等ナリ

二 事實說 此說ニ依レハ請求ノ原因トハ原告カ被告ニ對シテ主張スル請求ニ基ク法律關係ノ基本タル事實ヲ謂フモノナリ換言スレハ請求ノ原因ハ法律關係ニアラスシテ法律關係ノ成立事實ヲ云フモノナリ故ニ其成立事實ヲ變更スレハ假令法律關係ニ變更スレハ單ニセサル場合ト雖モ訴ノ原因ハ變更セラレタルモノナリ從テ訴狀ニ請求ノ原因トシテ記載スルニハ單ニ法律關係ヲ記載スルノミニテハ不充分ニシテ法律關係ノ發生ニ至リタル成立事實ハ明確ニ記載セサルヘカラス此說ノ論據ハ

左ノ如シ

イ 獨逸民事訴訟法ノ草案理由書ニ依レハ請求ノ原因トハ實體法ニ從ヒ原告ヨリ被告ニ對シテ權利ノ妨害ヲ除去スルコトヲ必要ト認メシムル事實ヲ謂フモノナリトセリ此説明ハ單ニ給付ノ訴ニ付キ説明スル所ナリト雖モ又以テ訴訟法カ請求ノ原因ヲ事實ト認メタルコトヲ知ルニ足ル

ロ 民事訴訟法第一〇五條第三號ニ申立ノ原因タル事實上ノ關係トノ規定アリ訴狀ハ民事訴訟法ノ第一九〇條第三項ニ依レハ準備書面ニ付テノ一般ノ規定ニ從ヒ作成スヘキコトヲ命シ且訴狀ニハ準備書面タルノ性質ヲ有スルヲ以テ第一九〇條ノ請求ノ原因トハ第一〇五條第三號ニ事實上ノ關係トアルニ倣ヒテ記載セサルヘカラス故ニ此規定ニ依ルモ請求ノ原因ハ事實ナルヲ知ルニ足ル

ハ 民事訴訟法第一九六條ハ法律關係說ヲ主張スル者ノ論據トスル處ナリト雖モ同條ノ事實上ノ陳述ヲ補充シ若クハ更正シトハ請求ノ原因以外ノ事實ニ付テ謂フモノナリ請求ノ原因ハ法律關係ノ成立事實ヲ云フモノナレハ訴訟ニ於テ請求ノ原因以外ノ事實モ現ハルヘキモノナリ故ニ原因以外ノ事實ヲ補充シ若クハ更正スルコトハ生シ得ヘキ事實ナルヲ以テ第一九六條ノ原因ヲ變更セシテ事實上ノ補充若クハ更正ヲ許ス規定ニ依リテ請求ノ原因ヲ法律關係ナリト論結スルヲ得ス法律關係ノ基本タル事實ヲ變更スルトキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ヘシト雖モ右ノ事實以外ノ事實ヲ補充シ若クハ變更スルモ異議ヲ述フルコトヲ得ス

ニ 民事訴訟法第二四八條ノ規定ニ依レハ口頭辯論ノ期日ニ被告カ出頭セサル場合ニ於テハ裁判所ハ被告カ原告ノ事實ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ開席判決ヲ爲スヘシトノ規定アリ

被告カ法律關係ヲ自白シタルモノト看做サス又第二五二條ノ規定ニ依レハ出頭セサル原告若クハ被告ニ事實上ノ供述ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セサル場合ニ於テハ開席判決ノ申立ヲ却下スヘキモノニシテ法律關係ハ之ヲ被告ニ通知セサルモ開席判決ヲ爲スノ妨ケトナルモノニアラス又第四八四條ニ依レハ請求ヲ爲スニ必要ナル事實ヲ證書ニ依リテ證スルコトヲ得ヘキ場合ニ證書訴訟ノ手續ニ依リテ訴ヲ起スコトヲ得ル旨ヲ規定セリ是等ノ條文ヲ參照スルトキハ訴訟法ハ訴狀ニ請求ノ一定ノ原因トシテ記載スヘキ事項ハ事實ト認ムルコト明カナリ從テ請求ノ原因即チ訴ノ原因ハ事實ナリト謂ハサルヲ得ス

以上ノ如ク請求ノ原因ヲ事實ナリトスルトキハ其事實ハ法律關係ノ基本タル事實換言スレハ法律關係ノ成立事實ヲ訴ノ原因即チ請求ノ原因ト云フナリ從テ之ヲ訴狀ニ記載スルニハ其事實ヲ特定のニ表示セサルヘカラス實體法ニ從ヒ法律關係ノ基本トナルヘキ事實即チ請求權ノ發生ニ必要ナル事實ヲ裁判所竝ニ被告ニ對シテ疑ナキ程度ニ表示スルコトヲ必要トス然レトモ請求權ノ發生ニ直接且緊要ナラサル事實ハ之ヲ記載スルヲ要セス又法律上ノ意見ノ如キハ其當否ノ判斷ハ裁判官ニ於テ爲スヘキモノナレバ之ヲ表示スルコトヲ要セス是レ事實說ノ大要ニシテ此說ヲ主張スルモノハ「ガウプ」「フランク」「ヘルマン」等ナリ

以上述ヘタル如ク請求ノ原因ニ付テハ二說ナリト雖モ獨逸訴訟法ノ立法ノ精神竝ニ我訴訟法ノ立法ノ精神ヨリスルトキハ事實說ヲ採用セルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ請求ノ原因ハ法律關係ノ基本タル事實ヲ云フモノニシテ訴訟ニ於テ原告カ其事實ヲ變更スレハ法律關係ノ變更ヲ來スト否トヲ區別セス常ニ請求ノ原因即チ訴ノ原因ヲ變更セラレタルモノト謂ハサルヘカラス改正草案ニ於テハ法文

ヲ以テ請求ノ原因ヲ事實ト規定セリ訴狀ノ要件トシテ請求ノ原因タル一定ノ事實ヲ記載スヘキコトヲ命シ又原告ハ請求ノ原因タル事實ヲ變更セサルトキハ事實上又ハ法律上ノ陳述ヲ補充更正スルモ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得スト爲セリ(改正草案二二條三三一條)

第五 一定ノ申立

一定ノ申立トハ判決ノ請願ナリ即チ原告カ訴ニ付キ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ云フモノニシテ判決ヲ求ムル範圍並ニ數額ヲ明確ニスルコトヲ要ス而シテ訴訟法ハ不干渉主義ヲ原則トスルヲ以テ申立サル事項ハ之ヲ當事者ニ歸セシムルコトヲ得ス從テ一定ノ申立ハ主タル請求及ヒ附帶ノ請求ヲ包含セサルヘカラス唯タ訴訟費用ノ負擔ニ付テハ裁判所カ職權ヲ以テ裁判スヘキ事項ナレハ其申立ハ必要ニアラス而シテ一定ノ申立ハ原告カ判決ヲ求ムル事項ヲ申立自體ニ於テ明確ニ認メ得ヘキ程度ニ表示セサルヘカラス或ハ給付ノ判決ヲ求ムルヤ或ハ確認ノ判決ヲ求ムルヤハ勿論請求ノ目的物ノ全部ニ付キ判決ヲ求ムルヤ或ハ請求ノ目的物ノ一部ニ付キ判決ヲ求ムルヤヲ明確ニセサルヘカラス故ニ給付ノ訴ニ於ケル申立ハ原告カ被告ヨリ求ムルモノノ種類及ヒ範圍即チ請求ノ種類範圍ヲ明確ニセサルヘカラス然レトモ其範圍ハ必スシモ總括的ニ表示スルコトヲ必要トスルモノニアラスシテ申立ニハ請求ニ關スル種類及ヒ範圍ノ限界ヲ定ムル標準ヲ表示シ請求ノ全體カ裁判官及ヒ被告ノ認メ得ヘキ程度ニ表示スルヲ以テ足レリトス確認ノ訴ニ付テハ成立若クハ不成立ノ確認ヲ求ムル法律關係ヲ明確ニ表示セサルヘカラス而シテ一定ノ申立トハ一箇ヲ意味スルモノニアラス故ニ原告ハ第一ノ申立ニ併セ第二以下ノ申立ヲ爲シ即チ條件的ノ申立ヲ爲スモ一定ノ申立タルニ妨ケナキモノナリ又選擇的ノ申立ヲ爲スモ同一ナリトス

一定ノ申立ノ表示ハ右ノ如クナレトモ其申立ハ訴ノ種類ニ依リテ區別スルコトヲ得即チ給付ノ訴ニ付テハ給付ノ判決ヲ言渡サレンコトノ申立、確認ノ訴ニ付テハ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確認ヲ言渡サレンコトノ申立、創設ノ訴ニ付テハ法律關係ノ發生、變更、消滅ヲ言渡サレンコトノ申立ヲ爲スヘク尙ホ一定ノ申立ヲ其實質上ヨリ區別スレハ實體法上ノ申立ト訴訟法上ノ申立トニ區別スルコトヲ得ヘシ給付ノ判決、確認ノ判決ヲ求ムル等ノ申立ハ實體法上ノ申立ナルモ執行判決ヲ求ムル申立ノ如キハ訴訟法上ノ處分ヲ求ムル一定ノ申立ト稱スヘキモノナリ然レトモ訴訟法ニ規定セル申立ハ常ニ一定ノ申立ニアラス實體法上ノ請求ニ付テノ申立ハ常ニ一定ノ申立ナリ例ヘハ訴訟法上ノ申立即チ關席判決ヲ求ムル申立、假執行ノ宣言ヲ求ムル申立、口頭辯論中止ヲ求ムル申立其他證據調ニ關スル申立ハ何レモ一定ノ申立ニアラス

以上述べタル如ク訴狀ニハ五箇ノ條件ヲ必要トス是等ノ條件ノ一ヲ欠缺セルトキハ訴狀ハ不適法ニシテ從テ其要件ヲ缺キタル訴狀ヲ裁判所ニ差出スモ適法ニ訴提起ノ效力ヲ發生スルモノニアラス而シテ訴狀ハ前述セル如ク訴ノ基礎ヲ確定スル書面タルト同時ニ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ訴狀ニハ準備書面ニ掲クル事項ヲ必要ナル程度ニ於テ記載スルヲ適當トシ又裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リテ定マルヘキ場合ニシテ訴訟物カ一定ノ金額ニアラサルトキハ裁判所カ管轄ノ有無ヲ判定スルノ參考トシテ其訴訟物ノ價額ヲ記載スルコトヲ適當トス(一九條三項)然レトモ是等ノ事項ハ訴狀ニ記載セサルモ其效力ニ影響ナキモノナリ唯タ準備の事項ノ記載ナキトキハ被告カ口頭辯論ニ於テ即時ニ答辯ヲ爲スコトヲ得サルカ爲メ辯論期日ヲ更ニ定ムルノ必要アルトキハ之ニ依リテ生シタル訴訟費用ハ原告ニ於テ負擔セサルヘカラス

訴狀ハ尙ホ印紙法ノ規定ニ從ヒ印紙ノ貼用ヲ必要トス(民訴法用印紙法一四條)若シ印紙ノ貼用ナキトキハ訴狀トシテ效力ナキモノナリ然レトモ右印紙法ハ收税ノ目的ニ依リテ設ケラレタル法律ナルヲ以テ現今ノ實例ニ於テハ印紙ノ貼用ナキトキハ後日之ヲ追完スルコトヲ許セリ
訴狀ニ前述ノ必要條件ノ欠缺アリタルトキハ訴狀トシテ效力ナキモノナリト雖モ之ニ對シテ訴訟法ハ救済ノ方法ヲ認メタリ即チ左ノ如シ

第一 裁判長ノ欠缺補正命令(一九二條)

原告カ裁判所ニ提出シタル訴狀カ必要條件ヲ欠缺シタル場合ニハ受訴裁判所ノ裁判長ハ適當ノ期間ヲ定メ其事項ノ欠缺ヲ補正スヘキコトヲ原告ニ命令スルコトヲ得訴狀ノ欠缺補正ノ命令ハ辯護士訴訟主義ヲ採用セル獨逸民事訴訟法等ニ於テハ其必要ナキノミナラス訴ノ提起ヲ當事者ノ行爲トシ責問權喪失ノ規定ヲ存スル以上ハ訴狀ノ要件ノ欠缺等ハ當事者ノ處分權ニ委スヘキ事項トシテ特ニ欠缺補正命令ノ規定等ヲ必要トセス我訴訟法ニ於テハ本人訴訟主義ヲ採用シタル結果トシテ訴訟上ノ智識經驗ニ乏シキ當事者ヲ保護シ不適法ノ訴狀ヲ差出シタル後再ヒ訴ノ提起ヲ爲スノ手數費用ヲ節減スル目的ヲ以テ特ニ此規定ヲ設ケ加之現行民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ノ如ク責問權喪失ノ規定ヲ設ケス訴狀要件ノ審査ハ裁判長ノ職權ヲ以テ審査スヘキ事項ニ屬セシメ殊ニ訴ノ提起ヲ訴狀ノ送達ニアラスシテ訴狀ノ差出ヲ以テ效力アルモノト爲シタルニ依リ訴狀ニ付テ欠缺補正ノ命令ノ制度ヲ設ケタルナリ而シテ訴狀ノ要件欠缺ノ有無ヲ審査スル權ヲ裁判長ニ委シタル理由ハ其審査事項カ簡易ニシテ且迅速ニ其調査ヲ爲スコトヲ必要トセル爲メナルト且若シ訴狀ノ要件タル被告ノ表示ヲ欠缺シタル場合ニ於テハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ定ムルモ被告ノ何人ナルヤヲ知ルコト能ハサル

トキハ訴狀ヲ被告ニ送達シ以テ期日ニ呼出スコトヲ得サルカ爲メナリ

原告カ裁判長ノ命令ニ從ヒ訴狀ノ欠缺ヲ補正シタルトキハ其補正セラレタル日ヨリ訴狀ノ適法トナリ其日ヨリ適法ナル訴ノ提起力存在スルモノナリ如何トナレハ欠缺ノ補正ニ依リテ不適法ナル訴狀カ其差出ノ日ニ遡リテ適法トナルヘキ法律ノ規定ナキヲ以テナリ若シ原告カ裁判長ノ定メタル期間内ニ訴狀ノ欠缺ヲ補正セサルトキハ裁判長ハ命令ヲ以テ訴狀ヲ原告ニ差戻シ此差戻命令ハ實體上ノ當否ヲ判斷スルモノニアラスシテ裁判長ノ爲シタル訴訟手續ニ關スル一ノ裁判ナリ從テ原告ハ更ニ同一ノ訴ヲ適法ナル訴狀ニ依リテ提起スルコトヲ得ルハ勿論ナルモ差戻命令ニ依リテ原告カ適法ト認メタル訴狀カ不適法トナリ訴狀ニ基キ訴提起ノ效力ハ全ク發生セザルニ至ルヲ以テ差戻命令ハ原告ノ利害ニ關スルコト少カラス故ニ原告ニハ右ノ差戻ノ命令ニ對シ即時抗告ノ方法ニ依リ裁判ノ變更ヲ求ムルコトヲ得セシム改正草案ニ於テハ差戻命令ニ關スル規定ヲ除去セリ而シテ責問權喪失ニ關スル規定ヲ第二四八條ニ設ケ且訴狀ノ送達ニ依リテ訴ノ提起ト爲シタルヲ以テ從テ訴狀ノ要件ノ審査ハ裁判所職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬セシメス訴狀ノ要件ノ欠缺アルトキハ之ニ對シテ被告カ其欠缺ノ攻撃ヲ爲ササルトキハ不適法ナル訴狀モ適法ノモノトナリ適法ノ訴ノ提起ト看做サルルモノナリ現行訴訟法ニ於テハ責問權喪失ノ規定ヲ設ケスシテ訴狀ノ要件ノ審査即チ訴ノ提起カ適法ナルヤ否ヤノ審査ヲ裁判所カ職權ヲ以テ爲スヘキコトヲモ規定セス故障ノ申立、控訴ノ申立並ニ上告ノ申立等ニ付テハ其適否ヲ職權ヲ以テ審査スヘキ旨ヲ獨逸訴訟法ト同シク規定シ訴ノ提起ニ付テ右ノ如キ規定ナシト雖モ訴提起ノ適否ハ職權ヲ以テ審査スルモノト爲ササルヘカラス

第二 原告カ訴狀ノ欠缺ヲ補正スル書面ヲ差出スコト

原告カ裁判所ニ差出シタル訴狀カ其必要條件ヲ欠缺シタル場合ニハ裁判長カ之ヲ審査シテ補正命令ヲ爲スハ當然ナレトモ若シ此補正命令ヲ爲サザリシ場合若クハ補正命令ヲ爲ス以前ニ於テハ原告ハ訴狀カ被告ニ送達セラルル以前ニ限リテ自ラ欠缺補正ノ書面ヲ差出シテ其欠缺ヲ補正スルコトヲ得ルモノナリ此場合ニ於ケル訴提起ノ效力ハ亦前述セル處ト同シク欠缺ヲ補正セラレタルトキヨリ適法ニ發生スルモノナリ被告カ訴狀ノ送達ヲ受ケタル後ニ於テハ欠缺ノ補正ヲ爲サンニハ更ニ訴狀ノ必要條件全體ヲ記載セル書面ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ被告ニ送達セサルヘカラス如何トナレハ民事訴訟法カ適法ナル權利拘束發生ノ要件トスル處ハ適法ナル訴狀カ被告ヲシテ同時ニ占有セシムヘキコトヲ命シタルモノニシテ不適法ナル訴狀カ被告ニ送達セラレタル後ニ於テ更ニ欠缺セル要件ノミヲ記載シタル書面ヲ被告ニ送達スルコトハ訴狀ノ送達ト云フヲ得サレハナリ殊ニ欠缺アル訴狀ヲ被告カ保存シテ後日欠缺セル要件ヲ記載シタル書面ヲ送達セラレザルニ始メテ完全ナル訴狀ヲ存在セシムルノ義務ハ被告ニ於テ有セサル所ナレハナリ故ニ欠缺セル要件ヲ記載シタル書面ヲ被告ニ送達セラレルモ被告ハ同時ニ適法ナル訴狀ノ占有ヲ爲スコトヲ得ス從テ訴訟物ノ權利拘束ハ完全ニ發生スルモノニアラサルナリ

右ノ理由ナルニ依リ原告カ自ラ欠缺ヲ補正スル書面ヲ差出シテ訴提起ノ效力ヲ適法ナラシムルニハ其範圍極メテ狭キモノニシテ原告カ訴狀ヲ差出シタル後被告ニ對スル送達以前ニ限リ爲スコトヲ得

ルモノナリ

以上二ノ方法ニ依リテ訴狀ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ヘシ要件ノ欠缺アル訴狀ヲ裁判所ニ差出シタル場合ニハ適法ナル訴ノ提起ハ存在セスト雖モ不適法ナル訴ヲ裁判所ニ繫屬セシムルニ足ルモノナリ故

ニ欠缺カ補正セラレスシテ口頭辯論ノ期日ニ至リタルトキハ裁判所ハ其訴ノ適法ナルヤ否ヤニ付判決ヲ以テ裁判セサルヘカラス換言スレハ訴狀カ不適法ナルトキハ不適法ナル訴即チ訴訟ノ成立條件ヲ欠缺シタル訴カ裁判所ニ繫屬スルモノナルヲ以テ裁判所ハ其訴ハ訴訟條件ヲ欠缺セルモノトシテ本案ノ審理ニ立入ルコトナク判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下セサルヘカラス新草案ニ於テハ訴ノ提起ハ訴狀ノ送達ニ依リテ之ヲ爲シ其適法不適法ハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬セシムス當事者ノ處分ニ任セタルヲ以テ當事者ハ本案ノ口頭辯論ニ立入ル前ニ於テ不適法ナルコトヲ主張セサレハ不適法ナル訴狀ノ送達ニ依リテ適法ナル權利拘束ノ效力ヲ發生スルモノト看做サル然レトモ現行法ニ於テハ特別ノ規定存セスト雖モ職權調査ノ事項ニ屬スヘキモノト解釋スヘキヲ以テ口頭辯論開始ニ必要ナル當事者ノ申立アリタル後原告カ闕席シタルト被告カ闕席シタルト問ハス訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノト論定セサルヘカラス

第六款 客觀的訴ノ併合

民事訴訟法ハ訴訟手續ノ省略ト裁判ノ抵觸ヲ防ク目的ノ爲メ訴ノ併合ヲ認ム而シテ訴ノ併合ニハ共同訴訟即チ主觀的訴ノ併合並ニ客觀的訴ノ併合ノ二種アリ客觀的訴ノ併合トハ訴訟ノ目的物ヲ併合スルモノヲ云フ換言スレハ同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對シテ數箇ノ訴訟物ヲ同一ノ訴訟手續ニ於テ主張スルコトヲ云フ(一九一條)故ニ客觀的訴ノ併合トハ訴提起ノ時ニ當リ原告カ爲ス所ノ訴訟ノ目的物ノ併合ヲ云フモノニシテ訴ノ提起後ニ於テ爲ス附隨的確證ノ訴ノ如キ又裁判所カ職權ヲ以テ爲ス訴ノ併合(二二一條、二二〇條)ト同一ニアララス而シテ訴訟法ノ明文ニ依レハ其請求ヲ一ノ訴ニ併合スルコ

トヲ得」ト規定セルヲ以テ客觀的ノ訴ノ併合ハ二箇ノ訴ナリト疑アランモ法文ノ意義ハ訴訟手續ノ併合ヲ云フモノニシテ換言スレハ訴訟物ノ數ニ應シタル訴ヲ同一ノ訴訟手續ニ於テ主張スルコトヲ云フモノナリ故ニ第一九一條ノ訴ノ併合ハ數箇ノ訴カ同一ノ訴訟手續ニ於テ裁判所ニ繫屬スルモノニシテ一箇ノ訴カ其内容ニ於テ數箇ノ訴訟物ヲ包含スルモノニアラス即チ訴訟物ノ數ニ應シタル訴ヲ原告カ同一ノ訴訟手續ニ於テ提起シタル場合ヲ客觀的訴ノ併合ト云フ從テ客觀的訴ノ併合ノ場合ニハ訴訟主體ノ間ニ於ケル訴訟上ノ法律關係ハ一箇ニアラスシテ訴訟物ノ數ニ應シテ發生スルモノト云ハサルヘカラス或說ニハ共同訴訟並ニ客觀的訴ノ併合ノ場合ニハ訴訟上ノ法律關係ハ一箇ナリト主張スル者アリト雖モ其說ハ誤レリ訴訟ノ主體並ニ訴訟目的物ノ數ニ應シテ訴訟上ノ法律關係ヲ發生スルモノトス

第一 客觀的訴ノ條件ハ左ノ如シ

- 一 同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對スルコトヲ要ス 單獨ノ訴訟ナルト共同ノ訴訟ナルトヲ問ハス同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對シテ數箇ノ訴訟ノ目的ヲ主張スルコトヲ要スルモノトス
- 二 併合セラレタル各請求ニ付キ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス 土地ノ管轄ニ付テハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ其訴訟物ニ付キ同一ノ裁判所ノ管轄ニ屬セサルヘカラス事物ノ管轄ヨリスレハ訴訟物ノ價額ニ依リテ管轄ノ定マルトキハ民事訴訟法第四條ノ規定ニ從ヒ合算額ニ依リテ管轄ヲ定ムヘキモノナリ故ニ二箇箇獨立ノ請求カ其裁判所ノ管轄ニ屬セサルモ合算額ニ於テ受訴裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ訴ノ併合ヲ許サル又價額ニ依ラスシテ管轄ノ定マル場合ニ於テハ其訴訟物ノ各自カ受訴裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ要ス故ニ價額ニ依ラスシテ區別

裁判所ノ管轄ニ屬スル占有ノ訴ノ如キモノト訴訟物ノ價額カ百圓以上ヲ有スル請求トヲ併合シテ提起シタル場合ニ於テハ當事者ノ合意管轄ノ發生セサル以上ハ區裁判所、地方裁判所何レノ裁判所ニ提起スルモ訴ノ併合ハ不適法ト爲ササルヘカラス法文ノ各請求ナル文字ヨリスレハ訴訟物ノ價額ニ依ル場合ト雖モ尙ホ其併合セシメタル箇箇獨立ノ請求カ受訴裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ必要トスルカ如キモ論理解釋上ヨリスレハ訴訟物ノ價額ニ依リテ管轄ノ定マル場合ハ第四條ニ依リテ算定シ價額ニ依ラサル場合ニ於テ各請求ニ付キ管轄ノ有無ヲ定ムヘキモノナリ然ラサレハ訴訟ノ併合ヲ認メタル立法上ノ精神ヲ貫徹スルコト能ハサレハナリ

- 三 各訴訟物ニ付キ同一種類ノ訴訟手續カ許サルコトヲ要ス 通常訴訟手續ニ於テハ如何ナル訴訟物ト雖モ人事訴訟ニ屬スヘキモノヲ除外スレハ併合シテ訴フルコトヲ得ヘシ然レトモ證書訴訟手續、爲替訴訟手續並ニ人事訴訟手續ニ於テハ其訴訟物ニ付キ制限ヲ設ク故ニ證書訴訟手續若クハ爲替訴訟手續ニ於テ其手續ヲ許サルル訴訟物ト其手續ヲ許サルル訴訟物トヲ併合シテ訴フルコトヲ許サス又人事訴訟手續ニ於テハ訴ノ併合ヲ許ス場合ヲ特定セルヲ以テ其制限ニ從ハサルヘカラス(人訴七條二六條)

第二 客觀的訴併合ノ效力

訴ノ併合ノ適法ナルトキハ第一審ヨリ上級審ニ至ルマテ裁判所カ各箇ノ訴訟物ニ付キ辯論ノ分離ヲ爲ササル以上ハ其訴訟手續ハ單一ノモノトシテ進行シ裁判所カ辯論ノ分離ヲ爲シ裁判ヲ爲スニ熟シタル請求ニ付キ一部判決ヲ以テ判決セサル以上ハ各訴訟物ニ付テノ判決ハ一箇ノ判決ヲ以テ裁判セラルヘキモノナリ訴ノ併合カ不適法ナルトキハ次ニ述フルカ如ク處分セサルヘカラス

一 併合セラレタル數箇ノ訴訟物ノ一箇若クハ數箇ニ付キ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セザルトキハ其管轄權ナキ訴訟物ニ付キ合意管轄ヲ許スヘキトキハ被告ノ合意アリヤ否ヤニ注意シ若シ合意管轄ノ成立セザルトキハ管轄權アル訴訟物ト管轄權ナキ訴訟物トノ辯論ヲ分離シ其管轄權ナキ訴訟ニ付テハ之ヲ却下シ而シテ管轄權アル訴訟物ニ付キテハ訴訟手續ヲ進行スヘキモノトス

二 併合セラレタル訴訟物ニ付キ同一ノ訴訟手續カ許サレザルトキ即チ原告ノ選擇シタル訴訟手續カ各訴訟物ニ付キ法律上許サレザルトキハ裁判所ハ其許サル訴訟物ト許サレザル訴訟物トノ辯論ヲ分離ヲ爲シ許サレザル訴訟物ニ付テハ之ヲ却下シ許サル訴訟物ニ付キテノミ訴訟手續ヲ進行スヘキモノトス例ヘハ原告カ爲替訴訟手續ノ訴ニ於テ手形金支拂ノ請求ト家屋引渡ヲ求ムル請求ヲ併セテ爲替訴訟トシテ提起シタルトキハ家屋ノ引渡ハ爲替訴訟ニ於テ許サザルヲ以テ家屋ノ引渡ノ訴ハ之ヲ不適法トシテ却下シ手形上ノ請求ノミニ付キ其訴訟ヲ進行スヘキモノトス

三 總テノ訴訟物ニ付キ特別訴訟手續カ許サレザルトキハ全部ノ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス

以上ノ如ク辯論ノ分離ヲ爲シ訴ヲ却下シ適法ノモノヲ止メテ訴訟手續ヲ進行スル所以ハ訴訟法ノ精神タル手數ト時間並ニ費用ヲ節減スルノ目ノニ出ツルモノニシテ且併合セラレタル訴ノ法律關係ハ各訴訟物ニ付キ箇箇獨立ニ發生スルヲ以テナリ若シ併合訴訟ノ場合ニ法律關係カ一箇ナリトスレハ其訴訟物ノ一箇ニ付キ管轄權ナキトキ又ハ訴訟手續ノ許サレザルトキハ全部ノ訴ヲ不適法トシテ却下セザルヘカラス如何トナレハ法律關係カ一箇ナリトスレハ其併合セラレタル訴訟ハ一部ノ不適法ナルカ爲メニ全部不適法トナレハナリ斯ノ如キハ訴訟法ノ精神ニ反スルモノト云フヘシ各訴訟物ニ

付キ各訴訟法上ノ法律關係ヲ發生スルヲ以テ適法ナル訴ニ付キ裁判所ハ訴訟手續ヲ進行スルノ義務ヲ生シ被告モ答辯ノ義務ヲ生スルモノト云フヘシ次ニ第一九一條但書ハ舊民法ニ於テ占有ノ訴ト本權ノ訴トノ併合ヲ許サザル爲メ設ケタルモノナリ然レトモ現行民法ハ斯ル制限ナキヲ以テ此規定ハ不必要トナレリ

第七款 反訴

反訴トハ一ノ訴訟ノ權利拘束中被告ヨリ原告ニ對シ同一ノ裁判所ニ同一ノ訴訟手續ニ於テ提起スル訴ヲ云フ反訴ニ付テハ或ハ之ヲ抗辯ナリトスル說或ハ攻撃方法ニシテ訴ノ性質ヲ有スルモノニアラストノ說アリ我訴訟法第二〇九條ノ法文ニ依レハ或ハ反訴ハ單純ナル攻撃若クハ防禦方法ノ如ク見ユルト雖モ反訴ノ性質ハ全ク獨立シタル一ノ訴ニシテ唯タ原告カ提起シタル訴訟手續中ニ於テ被告ヨリ提起スル訴タルニ過キサルモノナリ

訴訟法カ反訴ヲ認メタル理由ハ被告ノ主張スル反訴ノ目的ニ付キ確定力アル判決ヲ得セシムルニ時間ト費用ト手數トヲ省略スルノ目ノニ出タルモノニシテ換言スレハ本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ノ訴訟手續ニ利用シテ被告カ特ニ判決ヲ受クルカ爲メ新ナル訴ヲ提起スル手數ヲ省略シ尙ホ且反訴ニ付キ特別ナル訴訟手續ヲ爲スノ煩勞ヲ避クルノ目ノニ外ナラス故ニ本訴ニ關スル規定ハ一二ノ例外ヲ除キ總テ反訴ニ適用スヘキモノナリ(二〇二條)反訴ハ獨立ノ訴ナリト雖モ本訴ノ訴訟手續ヲ利用スルモノナレハ次ニ述フル條件ヲ必要トス

第一 本訴カ權利拘束ヲ發生シタルコト

本訴ノ權利拘束發生セル以上ハ被告ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス然レトモ本訴ノ權利拘束カ不適法ナル場合ニ於テハ反訴ヲ提起スルモ其反訴モ亦不適法タルヲ免レヌ

第二 本訴ノ權利拘束カ反訴提起ノ際尙ホ存續スルコト

反訴ノ提起ヲ爲スニハ反訴提起ノ際ニ於テ本訴ノ權利拘束ノ存在スルコトヲ必要トス本訴ノ權利拘束カ消滅シタル後ナルトキハ反訴ヲ提起スルコトヲ得サルヤ勿論ナリ而シテ本訴ノ權利拘束ノ存續中ト雖モ第一審ノ口頭辯論ノ終結前ニ限り反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(二〇〇條二〇九條)如何トナレハ口頭辯論ノ終結後ニ於テ反訴ノ提起ヲ爲スモ之カ爲メ第一審ニ於テハ本訴ノ訴訟手續ヲ利用スルコトヲ得サルモノニシテ尙ホ又第二審ニ於テ反訴ノ提起ヲ爲ストキハ第一審ノ審理ヲ經サル事件ニ付キ第二審裁判所カ直チニ審理判決ヲ爲スニ至リ從テ審級ノ秩序ヲ擾亂スルニ至ルヲ以テナリ之ヲ以テ本訴ニ付キ口頭辯論ノ終結、和解若クハ訴ノ取下等アリタルトキハ反訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス

第三 本訴ノ訴訟手續カ通常訴訟手續ナルコト

證書訴訟、爲替訴訟手續ニ於テハ迅速ニ訴訟ヲ終局スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ反訴ノ提起ヲ爲スコトヲ許サス(四八七條)人事訴訟手續ニ於テハ一定ノ制限ノ下ニ反訴ノ提起ヲ許シ(人訴七條二二六條、二九條、五五條、五八條等)督促手續ニ於テハ口頭辯論存在セサルヲ以テ反訴ノ提起ヲ許サス又假差押假處分ノ手續ニ於テハ本案ノ訴訟ノ目的ニ付テノ訴訟ニアラサルヲ以テ是レ亦反訴ノ提起ヲ許サス故ニ反訴ハ人事訴訟手續ニ於テハ一定ノ制限ノ下ニ之ヲ許シ通常訴訟手續ニ於テハ無制限ニ之ヲ許シ其他ノ特別手續ニ於テハ反訴ノ提起ハ許サルモノトス反訴ヲ許サル訴訟手續ニ於テ反訴ノ提起アリタルトキハ之ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス

第四 反訴ハ本訴ノ被告ヨリ提起スルコトヲ要ス

從參加人ハ假令被告ヲ補助スル場合ト雖モ反訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ス又原告ハ被告ノ反訴ニ對シ更ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス(二〇〇條)若シ反訴ニ對シ反訴ヲ許ストキハ當事者雙方ヨリ互ニ反訴ヲ提起シテ訴訟手續ヲ錯雜ニ至ラシムルヲ以テナリ

第五 非財產權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ニ付テハ本訴ノ裁判所カ當然管轄權アル場合ニ限り反訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得

非財產權上ノ請求又ハ專屬管轄權アル反訴ハ公益上ノ理由ニ基キ裁判管轄ヲ定ム故ニ當事者ノ合意ニヨリテ其管轄ヲ變更スルコトヲ得ス從テ反訴トシテ是等ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テモ本訴ノ裁判所カ法定ノ裁判所ナラサル以上ハ管轄ヲ定メタル立法上ノ趣旨ニ反スルヲ以テ反訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス(二〇〇條二項)

第六 反訴ノ請求ト本訴ノ請求トカ相殺ヲ爲シ得ヘキ場合ノ外ハ本訴ノ訴訟物ト反訴ノ訴訟物トカ互ニ相牽連セサルヘカラス

此條件ニ付テハ法律ニ特ニ規定スル所ナシト雖モ前述シタル如ク法律カ反訴ヲ許シタル目的ハ本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ノ訴訟手續ニ利用シテ反訴ノ訴訟物ニ付キ特ニ被告カ訴訟ヲ爲スノ手數ヲ省略スルコトヲ目的ト爲シタルモノナレハ本訴ノ訴訟物ト全ク關係ナキ訴訟物ヲ反訴トシテ提起スルハ法律ノ精神ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ反訴ノ請求ト本訴ノ請求トカ同一ノ法律關係又ハ同一ノ法律行為ヨリ發生シタル場合或ハ反訴ノ請求カ本訴ノ請求ノ先決問題タルノ關係ヲ有スル場合

或ハ反訴ノ請求ト本訴ノ請求トカ相殺ヲ爲シ得ヘキ場合ノ如キハ之ヲ反訴トシテ提起スルヲ許スハ法律ノ精神ニ適合スルモノト云フヘシ其他ノ場合ニ於テ反訴ヲ許ススキハ却テ訴訟手續ヲ錯雜ナラシムルモノナレハ法律ニ明文ヲ存セスト雖モ獨逸訴訟法ノ如ク此條件ハ反訴提起ノ條件ノ一ト爲サルヘカラス改正草案ニ於テハ明文ヲ以テ規定セリ但現行訴訟法ニハ明文ノ存セサルヲ以テ反對説ヲ稱フルモノアリト雖モ反訴ノ提起ヲ許シタル立法上ノ趣旨ヨリ察スレハ其反對説ハ不當ナリト云フヲ得ヘシ

反訴提起ノ方式ハ答辯書又ハ特別ノ書面ヲ以テ之ヲ本訴ノ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スカ或ハ受訴裁判所ノ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ提起スヘキモノナリ而シテ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ提起スル場合ニハ其書面ニ先ニ述ベタル訴狀ノ要件ヲ記載シ相當ノ印紙ヲ貼用セサルヘカラス又口頭ヲ以テ提起スルトキハ訴狀ノ要件ハ口頭ヲ以テ陳述スルコトヲ要ス而シテ法律カ反訴ノ提起ヲ許シタル立法上ノ理由ハ既ニ前述セル如ク手續ヲ省略シテ被告ヲシテ確定力アル判決ヲ得セシムル目的トスルモノナレハ反訴ノ提起カ時期ニ後レ爲メニ本訴ノ手續ノ進行ヲ遅延セシムル場合ニハ反訴ノ提起ヲ許スヘキモノニアラス從テ反訴ハ答辯書又ハ特別ノ書面ヲ以テ之ヲ提起シ本訴ノ口頭辯論期日迄ニ原告ヲシテ反訴ニ對スル準備ヲ爲サシメサルヘカラス故ニ反訴ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ答辯書差出ノ期間内即チ訴狀ノ送達ヨリ十四日ノ期間内ニ提起スルコトヲ原則トス然レトモ反訴ノ請求ト本訴ノ請求トカ全部若クハ一部ニ於テ相殺ヲ爲シ得ヘキモノナルトキハ口頭辯論ニ於テ之ヲ提起スルモ特ニ訴訟ノ遅延ヲ生スル如キ虞ナキヲ以テ例外トシテ口頭辯論ニ於テ提起スルコトヲ許セリ然レトモ此場合ニ於テモ無條件ニ反訴ヲ許ストキハ又訴訟ノ遅延ヲ來ス憂アルヲ以テ被告カ過失ナクシテ答辯書差出期間内ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得サリシコトヲ疏明スル場合ニ限り口頭辯論ニ於テ提起スルコトヲ許ス(二〇一條)唯タ先決問題ノ場合即チ附屬の確認ノ訴ノ場合ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ反訴ノ提起ヲ許セリ(二二一條)

第八款 訴提起ノ效力

訴又ハ反訴ノ提起ニ付テハ訴狀ノ差出或ハ特別ノ書面ノ差出ニ依ルコトヲ原則トシ又例外トシテ口頭ヲ以テ提起ヲ爲スコトヲ許セリ口頭ヲ以テスル場合ハ裁判官及ヒ相手方ノ面前ニ於テ爲ス場合區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ裁判所書記ノ面前ニ於テ爲ス場合トノ二アリ右數種ノ訴ノ提起ノ方式中ニ口頭辯論ニ於テ訴ノ提起ヲ爲シ若クハ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ當事者雙方裁判所ニ出頭シテ裁判官ノ面前ニ於テ訴ノ提起ヲ爲ス場合ニハ訴提起ノ效力トシテ直チニ權利拘束ヲ發生スト雖モ書面ヲ以テスル訴ノ提起直ニ裁判所書記ノ面前ニ於テ訴ノ提起ヲ爲ス場合ニハ訴訟物ノ權利拘束ハ發生セサルモノナリ從テ前ノ場合ニ於テハ訴訟物ノ權利拘束ヲ發生シ訴提起ノ效力トシテ訴訟法上眞ニ實體法上ノ效力ヲ生スルモノナリト雖モ後ノ場合ニ於テハ訴ノ提起ハ其被告ト爲ル者ハ之ヲ知ラサル以前ニ存スルモノナレハ單ニ裁判所ト原告トノ關係ニ於テ一種ノ訴訟法上ノ效力ヲ生スルニ過キスシテ相手方ニ對シテハ訴訟法上及ヒ實體法上ニ於テ何等ノ效力ヲモ生セサルモノトス獨逸新舊民事訴訟法ニ我改正草案ニ於テハ書面ノ場合ハ書面ヲ送達シ口頭ノ場合ハ裁判所書記ノ作リタル調書ヲ送達ヲ以テ訴ノ提起ト爲シタルヲ以テ訴ノ提起ハ何レノ場合ト雖モ相手方カ訴ノ起リタルコトヲ知リタルトキニ存スルモノナリ從テ口頭辯論中ニ於ケル訴ノ提起ナルト書面ヲ以テスル訴ノ提起ナルト總テ訴ノ提起ニ依リテ

訴訟物ノ權利拘束ヲ發生シ從テ相手方並ニ裁判所ニ對シ訴訟法上並ニ實體法上ノ效力ヲ發生スルモノナリ然レトモ現行法ニ於テハ權利拘束ハ訴ノ提起ト同時ニ發生スル場合ト然ラサル場合トアルヲ以テ訴ノ提起ハ其效力トシテ相手方ニ對シ實體法上若クハ訴訟法上ノ效果ヲ發生スル場合ト然ラサル場合トアリ舊民法ニ於テハ訴ノ提起ニ依リテ實體法上ノ效果ヲ生セシメタルカ如シ假ハハ時効ノ中断或ハ債務者ヲ遲滞ニ附スルカ如キ之ナリ(舊民證據編一〇九條、財產取得編三三六條)其他訴訟法ニ於テハ相手方ニ對シテ何等ノ效力ヲ認メラレタルモノナシ新民法ニ於テモ時効中断ノ原因トシテ請求ナルモノヲ認メタリ此請求トハ裁判上並ニ裁判外ノモノヲモ包含スト雖モ裁判所ニ對スル請求ニ非スシテ相手方ニ對スル請求ヲ意味スルモノナリ(民一四七條)從テ書面ヲ以テスル訴ノ提起並ニ裁判所書記ノ面前ニ於ケル訴ノ提起ニ付テハ訴ノ提起ノミニ依リテ裁判上ノ請求ハ未タ存在セス相手方ニ訴狀若クハ反訴提起ノ書面又ハ口頭ノ提起ニ基ク調書ヲ送達シテ茲ニ始メテ裁判上ノ請求成立スルモノナレハ民法上ニ於テハ訴ノ提起ニ依リ當然時効中断ノ效力ヲ生スルモノト爲スコトヲ得ス商法ニ於テモ亦然リトス然レトモ訴ノ提起カ權利拘束ヲ發生スルトキハ時効中断ノ如キ實體法上ノ效果ヲ生スルコトハ發生ヲ俟タス尤モ民法第一四七條ノ解釋ニ付テハ反對說ナキニアラス即チ第一四七條ノ請求トハ裁判所ニ對スル請求ヲ云フモノニシテ裁判所ニ對スル請求ハ書面ヲ以テスルト否トヲ問ハス訴ノ提起ニ依リテ發生スルモノナレハ訴ノ提起ニ依リ時効中断ノ效力ヲ生スルモノナリトノ說アリト雖モ正當ノ解釋ト爲スコトヲ得ス

右ニ述ヘタル訴狀若クハ特別書面ノ差出或ハ裁判所書記ノ面前ニ於ケル陳述ニ依リテ訴ノ提起ヲ爲シタルトキハ其效力トシテ唯タ單ニ訴訟物ノ價額ヲ算定スルノ標準トナリ且裁判所ハ口頭辯論ノ期日ヲ

雜 錄

本篇 博士數年前ノ講演ニ係ルモ頗ル有益ナリト認ムルヲ以テ茲ニ掲タルコトセシ

編 輯 局 誌

所 感 (講演)

法學博士 梅 謙 次 郎

私ハ近來法律ト實際トノ間ニ調和ガナケレバナラスデアラウト云フコトヲ熟ニ感ジテ居リマスノデ其御話ヲ少シシテ見ヤウト思フ

御承知ノ通り明治二十三年ニ各種ノ法典ガ殆ド一時ニ出來テ刑法ヲ除ク外ノ法典ハ二十三年ノ一年ノ中ニ皆發布ニナッタト云フ位、從テ之ニ附屬スル所ノ種種ノ手續法其他ノ特別法モ皆同時ニ出タ、法律ノミデナク之ノ施行ニ付テ必要ナル所ノ勅令、省令ノ如キモノモ皆出タ、況ヤ法典ニハ關係ノナイ所ノ種種行政上ノ法律、命令モ數多出マシタ、是ハ法典ノ出來タノトハ自ラ其趣意ニ違ウテ居ッテ憲法ガ實施セラルルニ付テ其準備トシテ色々ノ法律、命令ガ出タノデアル、當時新聞等ヲ見マスルト法令兩ノ如ク下ルト云フガ如キ言葉ガ能ク見エテ居ッタ、所ガ彼ノ民法、商法等ノ法典ハ明治二十三年ノ冬ニ既ニ

商法ノ施行ガ延期ニナリ二十五年ニハ翌二十六年カラ施行サルベキ筈デアッタ所ノ商法及ビ民法ガ又延期ニナツタ、明治二十三年カラ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ナケレバナラスコトニナリマシタカラ從來ノ如クナカナカ以テ雨ノ如ク下ルト云フ譯ニハイカス、併シ時トシテハ隨分多ク出タコトモアル、命令ハ此ノ如キ制限ガアリマセヌカラ時トシテ大雨ノ降ッタ如ク出タノデアル、併ナガラ民法、商法及ビ其附屬ノ法令ハ延期ニハナツタケレドモ適當ナル修正ヲ加ヘテ施行スルト云フ筈デアリマシタカラ法典調査會ト云フモノモ出來、又法典調査會デ調査致シタモノト相伴ウテ或ハ司法省ニ於テ或ハ大藏省ニ於テ或ハ農商務省ニ於テ法律案若クハ命令等ヲ作ルト云フコトニナツタ、ソレ等ノモノガ此兩三年ニ殆ド一時ニ出タ、サウスルト又世間デ近頃法令ガ雨ノ如ク下ルト申シマス、而シテ此法律ガ餘リ出テ、法律デ治ムルノデナク法律デ亂ルノデアルカラ「法治」デナク「法亂」デアルトカ、法律ガアツテ却テ窮屈ニナツタ困ルカラ「法縛」デアルトカ頻ニ法律ノ惡口ヲ言フ人ガアル、多クノ法律ノ中ニハ出タヨリモ出ナカッタ方ガ宜シカッタモノモアラウト思フ、ソレカラ出タト云フ事柄ハ必ズシモ惡クナクツテモ其法律ノ實質、命令ノ實質ガ甚ダ惡イモノガアラウト思フ、去ナガラ今日法律、命令ノ多ク出ルト云フノハ決シテ立法者ナリ政府ナリガ醉興ニ出スノデハナイ、各、其必要ガアツテ出スノデアラウト思フ、例ヘバ民法、商法ナドモ隨分惡口ヲ言ハルル法典デアリマスガ、併シ今ノ不完全ナル法典ニモシロ無イヨリハ私ハ良イト思フ、是ハ時勢ノ然ラシムル所實ニ已ムヲ得ヌモノデアツテ、成程世ノ中ガ舊幕時代ノヤウナ有様デアッタラバ今日ノ法典ノ如キ法律ハイラナカッタノデアル、其時代ニ於テ此ノ如キ法典ヲ布イタナラバソレハ大變ナ間違デアツテ利益ヨリハ寧ろ害ノ方ガ多カッタデモアリマセウガ、維新後段段日本モ進化した參ッテ自ラ西洋ノ慣習ヲ容レ、文物ヲ採用スルコトニナツテ見ルト舊幕時代ノ封建制度ノ下

ニ於テ存シテ居ッタ所ノ慣習ヲ其儘採用シテ居ルト云フ譯ニハ逆モイカス、到處社會ノ事物ガ皆變ッテ歐米ノ事物ヲ容レテ來タ、ソレハ昔ニ較ベルト概シテ餘程複雑ニ亘ラテ居ルノデアアルカラ即チソレヲ支配スル所ノ法律、命令ト云フモノモ自ラ複雑ニナツテ參ッテ從來ノ簡易ナル法令ニ慣レテ居ル人ノ眼カラ觀レバ如何ニ面倒カ分リマセヌガ、是ノ多クナツテ來ルノハ已ムヲ得ヌコトデアラウト思フ、今日社會ノ勢力ヲ占メテ居ル人、殊ニ所謂實際家ナルモノハ實ハ先づ絶對ノモノデアアル、其人ハ固ヨリ歐米ノ文物ノ進ンデ居ルモノヲ日本ニ採用シナケレバナラスコト云フ考ハ十分ニアル、テ或事柄ニ付テ、殊ニ有形ノ事柄ニ付テハ鐵道ナリ電信ナリ、其他所謂文明ノ利器ガ絶對ニ利益ノアルモノデアアル、日本ニ於テモ是非今日ハナクテハナラヌコト云フコトハ能ク分ッテ居ル人デアアル、併ナガラ總テノ點ニ於テ即チ無形ノ理想上ノ點ニ於テ果シテ能ク歐羅巴ノ今日ノ文明ヲ嚆ミ分ケテ、サウシテソレト我從來ノ歷史トヲ對照シテ今日ニ適應スル丈ケノ理想ヲ持チ、適應スル丈ケノ考ニ因ツテ實際ニ事ヲ行ウテ行ク丈ケノ學問ノアル人ガアルカト云フトソレハ殆ドナイ、世ノ中ニ名望ヲ博シ經驗ヲ積ンデ勢力ヲ占メテ居ル人ハ大抵此學問ヲ持ッテ居ラヌ、是ハ決シテ其人ノ惡イ譯デハナイ、是モ矢張時勢ノ已ムヲ得ヌ結果デアツテ其人ガ學問ヲシテ居ッタ時分ハ今日程日本ノ學問ガ進ンデ居ラナカッタカラ當時ハ皆學者デアツデアアラウ、當時出來得ル學問ハシタデアラウガ、今日ノ眼カラ觀レバ學問ガ古イ、新シイ智識ニ乏シイノデス、故ニソレ等ノ人ノ眼カラ觀ルト、今日ノ進ンダ所ノ法律、命令ハドウモ誠ニ面倒デアル、ドウモ五月蠅イモノデアルト云フ感じノアルコトハ已ムヲ得ヌ事デアアル、故ニ私ハ世ノ有力家、勢力家ガ法律、命令ヲ批難スルカラト云ツテ、必ズシモ其法律、命令ガ惡イ證據デアアルトハ言ヘナイト思フ、勿論法律、命令ノ缺點ハ數多アルコトデアリマスカラソレハ機會ヲ待テ改正シナケレバナラス、其法律、

命令ノ缺點ノ種類ニ依テ速ニ改メナケレバナラスモノモアリ、漸ヲ以テ改メナケレバナラスモノモアル、併ナガラ其缺點ガアルニモシロ、近頃出ル所ノ法律ハ無用デアル、命令ハ却テ害ヲ爲スモノデアルト云フノハ甚ダ不當ノ評デアラウト思フ、併ナガラ又退イテ考ヘテ見ルト此不當ノ評ノ出ルノハ多少ノ據ガアルト云フコトハ認メナケレバナラス、ソレハ法律、命令ノ缺點ノミデハナイノデス、其外ニ大ニ實際家、世ノ勢力家ガ今日ノ法律、命令ヲ批難スル理由ガアルト思フ、ソレハ何デアルカト云フト此法律、命令ヲ實際ニ行フ所ノ、廣イ言葉デ言ヘバ法曹ノ有様ガドウデアルカト云フト往往ニシテ我ガ感服セザル所ノコトガアル、先ヅ手續法ナドニ就テ言フテ見ルト其手續ヲ實際ニ取行フ人ハドウ云フ人デアルカ、手續ノ中ニハ色アツテ裁判官ナリ、檢事ナリガ自ラ取扱フ事柄モアル、併ナガラ數ノ上カラ申シマスト却テソレヨリハ裁判所ニ於テハ書記其他下流ノ官吏ノ取扱フベキ手續ガ存外ニ多イノデアル、戶籍法デ言フテ見ルト戸籍吏、登記法デ言フテ見レバ登記官吏、實際登記ヲ取扱フ者ハ書記或ハ雇デアル、月給デ言ヘバ二十五圓貫ヲ居ルノガ關ノ山デ、少イノハ十圓カラ十五圓位貫ヲ居ル人デアル、此等ノ人ハ固ヨリ學問、經驗ニ於テ十分デアルコトハ望ムベカラザルコトデアリマスガ、法律、命令ノ定メテ居ラザルコトニマデ種種ノ面倒ヲ言フテ不必要ナル手續ヲサセル、其方ガ法律ノ命ジテ居ル手續ヨリ面倒デ、是コソハ據ガナイ、法律ノ命ジテ居ル所ヲシナイノハ酷ニ言フトシナイ方ガ惡イ、法律ヲ見ルトソレ丈ケノ事ハシナケレバナラスコトガ分ルノデアアルガ、法律ノ命ゼザルコトハ分リヤウガナイ、コナラハ法律ノ命ズル丈ケノ事ヲシテ行クト登記所デハ登記シテ呉レナイ、爭フツ云フト控告ヲナサイト云フ、所ガ控告ヲスルト差急グ事件ハ間ニ合ハナクナツテ來ル、登記ヲ一ツシヤウト云フニモ登記官吏ト喧嘩ヲシナケレバナラス、喧嘩ヲスルト一週間ヤ二週間デ將ノ明ク譯ニハイカス、ソレ

故ニ已ムラ得ズ不必要ナル手續ト思フテ早ク事ヲ形付ケタイガ爲メニ登記官吏ノ一言フガ儘ニ盲從シテ仕舞ハナケレバナラス、十二圓、十五圓ノ先生ニ盲從シテ仕舞ハナケレバナラス、是ガ却テ法律ノ命ジテ居ル手續ヨリ餘程面倒デス

今一ツハモ一歩進ンダ立派ナ判事先生方ニ付テモ大ニ私共ノ不感服ノ所ガアル、ドウモ近頃裁判ノ傾向見ルト兎ニ角普通ノ思想ニハ丁解ノシ惡イ所ノ裁判ガ往往ニシテアル、普通人ノ眼カラ觀ルト奇妙ニ見エル裁判ガ多イ、是ハ法律ノ缺點ノ結果、サウ云フコトニナル場合モナイトハ決シテ申シマセス併シ法律ハ活キタ社會ヲ支配スベキモノデアアルコトハ始終考ヘテ居ラナケレバナラス、而シテ裁判官モ活キテ居ルト云フ考ヲ有テ居ナケレバナラス、ソレ故ニ法律ヲ殺シテ裁判ヲシ、自分ガ死人同様ナ機械ノノ裁判ヲシテハナラスト云フコトノ考ガナケレバナラス、其考ガアルト世人ヲ驚スヤウナ大英斷ヲ以テ裁判ヲスルコトハ出來ヌ管デアルト私共ハ素人ナガラ考ヘル、例ヘバ經濟上非常ナ利害ノ係ル事柄ナドデモ我我局外カラ觀ルト驚クコトガアル、彼ノ根抵當ガ無効デアアルト云フヤウナ大膽不敵ナ裁判ガアル、根抵當ト云フモノハ經濟界ノ有様ヲ知ツテ居ルナラバ、少クモ西洋ノ慣習ガ日本ニ這入ッテ來テ銀行ナルモノガ出來ルヤウニナツテカラ後ノ慣習ヲ知ツテ居ルナラバ、ドノ位盛ニ行ハレテ居ルモノデアアルカト云フコトハ分ル、是ガ無効デアアル即チ根抵當ハ出來ナイモノナルト、今日ノ銀行ノ仕事ノ一部分ハ出來ナイコトニナリ、無効ナルノデアアル、而シテ是ガ日本ノミニ存スルカト云フト歐羅巴ニ於テハ羅馬法以來存シテ居ル事柄デアル、ソレデ歐羅巴デハ説明ハ多少違フニモシロ、其有效ナルコトニ付テハ曾テ議論ノアルト云フコトヲ聞カス、現ニ日本ナドヨリ幾十層倍モ毎日行ハレテ居ルノデアアル、サウシテ根抵當ノ性質ヲ少シ觀タナラバ是ナクテハ銀行ノ或種類ノ仕事ハ到底成立タヌコト

ガ分ル、例ヘバ茲ニ商賣人ガアル、毎日金銭ノ出納ノ必要ガアル、餘リタトキハ銀行ニ持ッテ行ッテ預ケテ置キ、足ラナイトキハ銀行カラ金ヲ引出シテ使フ、ソレガ出來ナケレバ十分ノ商賣、取引ハ出來ナイ所ガ始終預ケ金ノ高ヲ計算シテ其レ以上ニハ金ヲ引出スコトガ出來マセヤウデハ困ル、時ニハ借越ニナルコトモアル、サウ云フ場合ニ銀行ノ方デ貸越ニナルカライケナイト云フコトニナツテハ其商賣人ハ忽チ取引ヲ停止シナケレバナラス、サウ云フコトノ無イ爲メニ豫メ抵當ヲ入レテ、今日ノ言葉デ言ヘバ質デモ宜イ、質若クハ抵當ヲ入レテ置イテ萬一借越ニナツテモソレガ擔保トナルト云フコトデナカウヲ今ノヤウナ仕事ハ出來ナイ、ソレガ出來ナカウナラバ商賣人ガ銀行ヲ利用スルコトノ一大部分ハナクナツテ仕舞フ、ソレ程エライ結果ヲ惹起スコトデナルノニ、根抵當ガ無効デアアルト云フ其裁判書ノ理由ハ誠ニ簡單ニ書イテアル

ソレカラ是ハ大分議論ニナツテ居ル事デスケレドモ例ヘバ振出地問題デモ先ツ肩書ニ「東京」ト云フ字ガナカウ「大阪」ト云フ字ガナカウト云フトキニモ有效説ヲ私ハ取ルノデスガ、是ハ大分不注意デス、併シ肩書ハアツテモソレハ振出地トナク單ニ肩書ニ地名ヲ書イテアルモノハ無効デアアルト云フ説ノ如キハ看様ニ依ッテハ根抵當無効説ヨリモ一層ヒドイ話デアル、斯様ナル説ヲ唱ヘル人ハ固ヨリ據アツテ唱ヘルデアラウケレドモ、餘程ノ據ガナイトキニハ斯様ナル説ノ成立ツベキモノデナイ、何トナレバ天下ノ手形ハ殆ド皆無効ニシテ一時手形ノ取引ヲ全國廢メテ仕舞ハキバナラスコトニナル、新ニ振出地ト云フコトヲ書イテ振出セバ宜イガ、今マデ振出シタ手形ハ皆無効デアアルト云フヤウナコトニナル、斯様ナルコトハ實ニヒドイ結果デアツテ荷モ實際家ニ裁判官モ實際家デアアル、裁判官ナルモノガサウ云フ裁判ヲ下スコトニナツテ來テハモ一裁判ト云フモノハ誠ニ不安心極マツタモノデ、成程學者ハ時時意表

ナ説ヲ唱ヘルコトガアル、併シ學者トシテハソレハ免レナイ弊ト云ラモ宜イ、サウ云フコトハ西洋ノ學者ニモ毎度アル、普通人ガ觀テハ抱腹絶倒ニ堪ヘスヤウナコトヲ眞面目ニナツテ論ジテ居ル學者サヘアル、ケレドモ實際家ニ至ッテハサウ云フコトハ實ニ有リ得ベカラザルコトト思ッテ居ルノニ、ソレガ日本ニ於テ續續出テ來ルト云フノハ世ノ勢力家、有力家ガ法律、命令ヲ批難シテ斯様ナル法律ガ出テハ實ニ商賣ハ出來ナイトカ政治ハ出來ナイトカ云フ批難ヲ加フルニ一ノ據ヲ與ヘテ居ルヤウニ私ハ思フ、歐羅巴ノ裁判官ニモ時トシテハ隨分突飛ノ裁判官モナイトハ申シマセスガ、概シテ言ヘバ向フデハナカナカサウ云フ裁判ハセス、法律ニ明文ノアルコトデサヘモ常人ガ考ヘテ不穩當ト思フコトハ時トシテハ曲解等ヲシテ實際ニ適用スルヤウニシテ行カウト云フコトガアル、ソレハ良クナイト思フ、其説ガ誤ッテ居ラスケレバ宜イガ、時ニハ或裁判官一己ノ考デ己レノ考ヲ押通スコトニナリマスカラソレハイカスト思フ、ケレドモ西洋デハ法律ニ多少ノ不備ガアツテ其解釋ガ二様ニナルモノデアツテ一方ニ解スレバ世ノ中ノ實際ニ適スルシ、今一ツノ方ニ解スルトエライ不都合ヲ醸スト云フ場合ニハ必ず不都合ヲ醸サスヤウニ解釋シテ行クノガ實際家ノ務デアルト思ウテ居ルノデアアルガ、日本デハ往往ニシテ反對ノコトヲ見ル、是ハ嘆ハシイコトデアツテ兎ニ角司法機關ノ多少幼稚ナルコトヲ現ハシテ居リハセスカト私ハ思フ、併シ私ハ實際裁判ヲシタコトハナイカラ裁判官ノ眼カラハ迂濶ノ學者ノ見解ト思フカモ知ラスガ、私自ラハ或裁判官ヨリハ迂濶デナイ積デアアル、諸君ノ多數ハ是カラ實際家ニナルル方デアラウト思フ、ドウカ實際家ニナツテ彼ノ人ハ學問ハ出來ルカモ知レヌガ迂濶ナ人デ常識ニ乏シイナドト云フ誹ヲ受ケナイヤウニシテ貰ヒタイト思フ (完)

大審院判例要旨

○公訴事實ニ對スル裁判所ノ一部脱漏 刑事訴訟法ニハ民事訴訟法ニ於ケルカ如ク補充判決ヲ求ムル手續存セサルヲ以テ當事者ハ裁判脱漏ノ點ニ對シ補充判決ヲ求ムルヲ得サルモノナレハ公訴事實ノ一部ノミニ依リテ有罪ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テ其公訴ノ權利拘束ヲ免ジントスルニハ公訴ニ對シ終立ヲ爲スノ外他ニ方法ナク又裁判所モ職權ヲ以テ補充判決ヲ爲ス能ハサルヲ以テ一ノ公訴ニ對シ終局判決ヲ與ヘタルトキハ縱令其公訴ニ包含スル事實ノ一箇又ハ數箇ニ付キ裁判ヲ遺脱スルモ公訴全部ノ繫屬ヲ離レタルモノト云ハサルヘカラス從テ右ノ如キ場合ニ於テハ第二審裁判所ハ第一審判決ニ對スル控訴ニ依リテ全部ノ公訴ヲ受理スルモノトス而シテ右ノ如キ場合ニ於テハ第二審裁判所ハ第一審ノ判決ヲ經サル事件ヲ直チニ審判スルニ至ルモノナレハ右ノ如キ覆審ノ原則ニ對スル例外ハ刑事訴訟法第二百六十二條第二項ノ如キ差戻ノ規定ナキヲ以テ觀レハ第一審裁判所カ不當ニ公訴不受理ノ判決ヲ爲シタル場合ト同シク同法ニ於テ之ヲ認メタルモノト云ハサルヘカラス故ニ本件ニ於テ原院ハ公訴第一ノ事實ニ付キ第一審ノ判決ヲ經サルニ拘ハラス審判ヲ爲スヘキモノナルニ之ヲ爲ササリシハ訴ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲ササル不法アリテ破毀ヲ免レサルモノトス(明治三十八年九月二十六日宣告)

○刑事訴訟法第九十三條ノ法意 刑事訴訟法第九十三條ハ證人カ供述前ニ辯論ニ立會フコトヲ禁スルモ同條ハ要スルニ一ノ訓示の規定ニ過キササルヲ以テ此手續ノ違背ハ證人供述ヲ根本ヨリ無効ナラシムルモノニアラスシテ其供述ハ尙ホ斷罪ノ資料トシテ其效力ヲ失フコトナシ(明治三十八年九月二十六日宣告)

學生募集

詳細ハ法政大學一覽ニ在リ
入用ノ向ニハ申込次第送呈ス

本大學ハ學者ノ淵

梅總理、富井教頭、秋山、乾ノ兩教務主

幹ヲ始

兩穗積、金井、岡野、岡田、高橋、松波、中村、山田、

志田、美濃部、加藤、寛、小野塚、清水、山崎ノ諸博士

其他新進

ノ學士等數十名ノ講師各專攻學科ヲ擔任シ懇切ニ教授セラレ

○專門部

法律科 第一年級 第二年級 第三年級
實業科 第一年級 第二年級

○大學豫科

第二學期

○高等研究科

○外國語專修科

十一月十六日授業開始

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

司法部指定
文部省認定

私立 法政大學

(電話番町一七四番)

明治三十八年十一月

校外生規則摘要

- 一 十ヶ月以上本大學ノ校外生ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生ノ講習料ハ金九圓トシ一時前納金七圓五拾錢トシ二回前納金四圓トシ十五ヶ月分納金六拾錢トス但講義錄ハ十二ヶ月ニ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領取證ヲ交付セシメ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義錄ノ到達セザルトキハ其旨本大學出版局ニ通知スヘシ
- 一 校外生ニシテ講習十ヶ月ヲ終リタルトキ本人ノ望ミニ依リ論文試験及ヒ筆記試験ヲ施行ス但時宜ニ依リ口述試験ヲ爲スシ有志留學ノ獎學金ヲ以テ一學年中ノ授業料並ニ寄宿料ヲ支辨スヘシ
- 一 三十九年度校外生ニ付テハ三十九年八月及ヒ十二月ノ二回ニ試験ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ
- 一 校外生ノ講義錄中ニ經義アルトキハ講義錄ノ番號科目頁數及疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有疑ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可)
毎月三回十日十五日三十日發行

明治三十八年十二月十八日印刷
明治三十八年十二月二十日發行 (定價金參拾錢)

編輯者 萩原敬之

東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七拾四番)